

LES DROITS DE FAMILLE ET LES SUCCESSIONS AU PAYS BASQUE ET EN BÉARN D'APRÈS LES ANCIENS TEXTES

Contribution à l'Étude de l'Histoire du Droit privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 12 Décembre 1938 à 14 heures

PAR

Alain FOUGÈRES

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES

ATTACHÉ AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Président du Jury : M. REGNAULT

Suffragants : MM. OLIVIER-MARTIN
MAUNIER

} *Professeurs*



BERGERAC

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DU SUD-OUEST (H. TRILLAUD)

1938

LES DROITS DE FAMILLE ET LES SUCCESSIONS
AU PAYS BASQUE ET EN BÉARN
D'APRÈS LES ANCIENS TEXTES

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.*

LES DROITS DE FAMILLE ET LES SUCCESSIONS AU PAYS BASQUE ET EN BÉARN

D'APRÈS LES ANCIENS TEXTES

Contribution à l'Étude de l'Histoire du Droit privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 12 Décembre 1938 à 14 heures

PAR

Alain FOUGÈRES

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES

ATTACHÉ AU MINISTÈRE DE LA JUSTICE

Président du Jury : M. REGNAULT

Suffragants : MM. OLIVIER-MARTIN
MAUNIER

} *Professeurs*

BERGERAC

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DU SUD-OUEST (H. TRILLAUD)

1938



A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

ET A CELLE DE MON GRAND-ONCLE

Conseiller honoraire à la Cour d'Appel de Besançon

A MA MÈRE

EN TÉMOIGNAGE DE MA TENDRE AFFECTION

ET DE MA PROFONDE RECONNAISSANCE





INTRODUCTION

L existe chez tous les peuples des particularités à recueillir sur les droits et la capacité des femmes, la puissance paternelle, la puissance maritale, sur le régime du mariage, sur l'ordre des successions, la faculté de disposer et de tester : mais il est rare de rencontrer sur ces divers objets une législation complète présentant un intérêt semblable à celui des anciennes lois basques¹. Celles-ci, dit un auteur, « diffèrent essentiellement de leurs voisines; elles s'écartent du droit celtique, tranchent avec la loi romaine du midi de la France, avec la loi wisigothe de l'Espagne, avec le droit féodal de l'Europe entière »².

Ce sont les traits les plus marquants du droit privé des Basques que nous voudrions essayer de dégager, en nous attachant surtout au droit de famille et au système des successions. C'est que ces institutions ne reflètent pas seulement les mœurs d'un peuple, mais encore l'état de son économie, son degré de civilisation. Beaucoup d'entre elles sont demeurées vivaces, et les savants ou les sociologues qui séjournent au pays basque, s'ils sont séduits par la douceur du climat et la calme harmonie des paysages, ne peuvent manquer de l'être également par la survivance de coutumes ancestrales qui donnent à la vie sociale des Basques un cachet tout particulier.

Parmi ceux qui furent ses maîtres à l'Ecole des Sciences

1. Lors de la seconde exposition universelle de Paris, en 1867, un jury fut chargé de distribuer des récompenses aux pays dont les institutions tendaient le mieux à assurer le bien-être intellectuel, moral et matériel des classes laborieuses. Les titres des provinces basques leur valurent lors de la distribution solennelle des récompenses, et après rapport conforme des commissaires envoyés sur les lieux, une place de choix parmi les pays dont les institutions contribuaient le plus au bonheur et à la moralité des habitants.

2. Eugène CORDIER: *L'organisation de la famille chez les Basques*.

Politiques, le signataire de ces lignes eut la bonne fortune de compter J. Saroihandy, professeur agrégé de l'Université et basquisant célèbre¹, qui sut l'initier non seulement aux beautés de la littérature espagnole en général, mais aussi l'intéresser aux œuvres d'auteurs espagnols d'origine basque, tel le célèbre Pio Baroja, le "solitaire" de Vera, dont le style tourmenté s'accorde assez bien avec l'élasticité des convictions.

Car il existe, de part et d'autre des Pyrénées Occidentales, toute une littérature régionaliste d'où s'échappe maint personnage dont la vie rude ou pittoresque séduit tant le voyageur : l'humble paysan qui remonte sur ses épaules d'énormes charges de foin, le long des pentes où nulle charrette n'ose se risquer, le pêcheur guipuzcoan au verbe coloré, l'artisan, le sandalier, sans oublier le contrebandier ni le douanier, son partenaire obligé. Tout ce monde travaille, chante, se dispute ou s'amuse, mais toujours, et en toutes choses, reste fidèle à la tradition. Et, en dépit de l'usure du temps, la civilisation des Cantabres, dont nous parle Strabon, survit par quelques traits de mœurs, par la mentalité particulière des habitants, et par l'attachement du Basque à la maison de famille où sont nées et mortes tour à tour les générations successives.

Nous constaterons que l'esprit des différentes législations basques, qu'il s'agisse des coutumes des anciennes provinces basques françaises et des vieux Fors du Béarn, ou des Fueros d'Espagne encore en vigueur de nos jours, est orienté vers le même objet : assurer le maintien et la conservation des biens de chaque famille et, par ce moyen, la prospérité du groupe familial. C'est là, semble-t-il, l'idée maîtresse du système, celle qui domine tout le droit. Il est généralement admis que l'on cultive mieux une terre que les ancêtres ont transformée, qui vous a vu naître et que vous êtes assuré de transmettre intacte à vos descendants. Et il est fort possible que le législateur primitif ait eu des visées plus larges, embrassant l'intérêt de la Société elle-même, qui a tout à gagner à ce que les hommes aient un foyer stable et des occupations suffisant à leurs besoins. La Société basque autrefois était presque exclusi-

1. Surtout par ses travaux de philologie et de linguistique.

vement rurale; c'est donc à la terre qu'a songé le légiste. Ce souci d'assurer à chaque famille la jouissance de ses propres nous explique les efforts désespérés faits par les Basques français depuis un siècle et demi pour atténuer la portée de certains articles d'un Code civil qui était venu bouleverser leurs usages et choquer leurs mœurs¹.

Ainsi ces usages, qui tiraient leur force de leur ancienneté, n'étaient pas abandonnés complètement des populations éloignées des grands centres, dont le zèle pour les idées nouvelles était des plus restreints. On les vit se perpétuer à travers tous les obstacles que la loi moderne leur opposait².

*
**

Dans la tâche que nous avons entreprise, nous ne pouvions manquer de nous heurter à quelques difficultés. Si l'on jette les yeux sur une carte des provinces basques, l'on ne peut qu'être frappé du morcellement politique qui était leur fait à la fin de ce que nous appelons en France l'Ancien Régime. Ce morcellement politique se doublait d'un cloisonnement législatif, la plupart des pays considérés ayant été autrefois souverains, avaient légiféré pour eux-mêmes; certains continuaient encore à le faire, en vertu d'une semi-autonomie. A vrai dire, leur indépendance ne devait pas être d'une très longue durée; elle devint bien compromise lorsque les deux grands Etats voisins, la France et la Castille, grandirent en renom et en puissance. Effectivement, bon gré mal gré, nos provinces durent s'unir à l'un de ces voisins, chacun d'eux, par l'effet de circonstances naturelles autant que politiques, s'agrégeant les pays situés sur le versant des Pyrénées jusqu'où il s'étendait.

Cette union se fit tantôt spontanément, tantôt par voie de conquête militaire, parfois enfin à la suite d'une union personnelle, ce qui se produisit quand Henri, roi de Navarre, monta sur le trône de France, ayant apporté en dot ses anciennes possessions.

1. Voir *infra*, chap. XXV.

2. *Ibid.*

Mais la réalisation de cette unité politique se doubla rarement d'une unification législative. Car, la plupart du temps, les habitants des provinces anciennement indépendantes ne consentirent à leur rattachement qu'à la condition de conserver leurs coutumes et privilèges particuliers. Il y eut même des pays qui continuèrent à légiférer sur certaines matières. Il nous a donc paru nécessaire de faire précéder l'examen des différentes institutions juridiques entrant dans le cadre de notre étude, d'une partie historique jettant une lumière indispensable sur l'origine des différents Fors et Coutumes que nous étions appelé à citer. Ce qui n'était pas pour nous déplaire, mais allongeait notre programme.

D'autre part, le sujet que nous avons voulu traiter se réfère à l'ancien droit basco-béarnais. Et nous avons dû tenir compte du décalage résultant de ce fait que les anciennes coutumes basques françaises et béarnaises ont cessé d'avoir cours lors de la publication du Code civil (un grand nombre de leurs dispositions n'étaient d'ailleurs plus applicables depuis l'apparition des lois révolutionnaires sur les successions) alors que certains Fors espagnols (de Navarre, de Biscaye et d'Ayala) ont toujours force et vigueur à l'heure actuelle, nonobstant les dispositions du Code civil espagnol général de 1889 et dans la mesure, évidemment, où leur contenu n'est pas incompatible avec l'ordre public espagnol, ou des nécessités sociales ou économiques, commandant l'application générale de dispositions législatives nouvelles. De 1789 à nos jours, nous avons cru bon de jeter un pont pour montrer comment chez nous, malgré les dispositions défavorables du Code civil, les Basques et les Béarnais sont parvenus à sauvegarder, dans une certaine mesure, l'intégrité du domaine familial et à réaliser, d'une manière détournée, ce que leurs cousins-germains, les Basques navarraï, pouvaient faire en toute légalité.

Le lecteur trouvera à la fin du volume une bibliographie que nous avons voulue aussi complète que possible. Nous avons pu dépouiller un grand nombre des ouvrages cités; toutefois, nous devons déplorer que de malheureux événements politiques, sur le compte desquels nous n'avons pas à nous étendre, nous aient pratiquement interdit de franchir les Pyrénées pour consulter, dans les riches bibliothèques du

pays basque espagnol, certains livres dont la lecture nous eût été, sans nul doute, profitable. Nous nous estimerons satisfait si ces quelques chapitres consacrés au droit des provinces basques ont pu retenir et intéresser le lecteur, non seulement le juriste, mais encore le simple voyageur désireux de se documenter sur l'un des aspects les plus intéressants de la vie et des usages euskariens.

*
**

Nous ne saurions terminer ce préambule sans remercier, ainsi qu'il se doit, tous ceux qui nous ont aidé de leur avis et de leurs conseils, et en particulier : MM. G. d'Ardenne de Tizac, avocat à la Cour d'appel de Paris, professeur à l'Institut d'études hispaniques; J. Mihura, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, vice-président de l'Association régionaliste française; le chanoine Daranatz, président de la Société des Lettres, Sciences et Arts de Bayonne; Garra, notaire à Cambo, et le commandant Boissel, directeur du Musée basque.

A. F.

Septembre 1938.

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE ET SOURCES

*L'histoire du Droit, par quoi l'Histoire apparaît
nouvelle et intelligible...*

Jacques CHARDONNE.

CHAPITRE PREMIER

Sur l'origine du peuple basque et sur son régime social primitif



LE pays basque français occupe une partie du territoire compris aujourd'hui dans le département des Basses-Pyrénées. Ses limites approximatives sont l'Océan à l'ouest, les vallées de l'Adour et de la Bidouze au nord; à l'est, les crêtes qui dominent la rive droite de la Saison et au delà desquelles s'étend le Béarn, pays de formation ethnique et historique assez analogue. Au sud, le faite des Pyrénées le sépare des provinces espagnoles voisines, Guipuzcoa et Navarre.

Le pays basque espagnol, beaucoup plus étendu, couvre une superficie égale à environ trois de nos départements. A l'ouest et au sud, le cours de l'Ebre le borne du côté de la Castille; à l'est, le cours de l'Aragon le sépare du pays du même nom, comme au nord les Pyrénées, des provinces basques françaises. Ce pays basque espagnol comprend les quatre provinces d'Alava, de Guipuzcoa, de Biscaye et de Navarre; elles présentent, du point de vue qui nous occupe, un intérêt inégal, les deux premières ayant suivi de bonne heure le droit espagnol commun, les deux dernières, par contre, ayant conservé jusqu'à nos jours leurs coutumes particulières à travers de multiples vicissitudes politiques.

Enfin la ville de Bayonne, un peu isolée aux portes du pays basque, s'administrait elle-même et suivait ses coutumes particulières dont la première avait été rédigée sous la domi-

nation des rois d'Angleterre. Ces coutumes s'inspiraient pour une grande part des coutumes basques, mais aussi de dispositions empruntées à de grands pays, à l'Angleterre (en ce qui concerne la première coutume de Bayonne) ou à la France (la coutume réformée de 1514 présente des analogies avec la coutume de Paris).

On se plaît à relever dans la législation des Basques beaucoup de dispositions très en avance sur leur temps. De nombreux auteurs en ont cherché l'origine dans l'état social primitif de ce peuple, régime qu'ils croient avoir été celui du matriarcat, où toute l'autorité, dans la famille comme dans la tribu, appartenait aux mères de famille. D'autres voient la clef du système dans la parenté ethnique des Basques. Il nous a paru nécessaire de donner quelques éclaircissements sur ces différents points, la question de l'origine des Basques étant d'ailleurs assez controversée.

I

LES HABITANTS DU PAYS BASQUE

On admet généralement que les Basques descendent des anciens Ibères. Mais l'histoire ne nous fournit aucun renseignement sur l'origine des Ibères eux-mêmes, et nous en sommes réduits sur ce point à des hypothèses. Les auteurs font descendre les Ibères tantôt des Phéniciens, tantôt des Grecs, tantôt des Hébreux, ou tantôt des Berbères ou, tout au moins, les rattachent à la race libyenne dont font partie les Berbères. C'est cette dernière hypothèse qui nous paraît la plus vraisemblable. Les caractères anthropologiques des Basques les apparentent d'ailleurs à cette race, et d'autres faits militent en faveur de cette théorie.

Ces Ibères ne devaient pas former un peuple unique, mais une agglomération de petits peuples, parmi lesquels les Vascons et les Cantabres. Les Cantabres habitaient sur les bords de l'Atlantique, la Biscaye et le Guipuzcoa actuels; les Vascons s'étaient établis plus à l'est, dans la Navarre espagnole

et au sud de l'Alava. La région nord des Pyrénées était occupée par des peuplades de race celtique que nous pouvons désigner sous le nom d'Aquitaine. Ces Aquitains ou Celtibères qui peuplaient la Novempopulanie furent soumis par les Romains quand Jules César conquît la Gaule.

Avant d'avoir à défendre leurs foyers contre l'invasion romaine, les Cantabres, enrôlés par Annibal, avaient déjà marché sur Rome sous les ordres de ce général; c'est à cette occasion que leur nom figure pour la première fois dans les récits des historiens romains (Silius Italicus, lib. III). La diplomatie romaine ne tarda pas à détacher du parti d'Annibal ces vaillants guerriers (Tite Live, lib. XXIII), jusqu'au jour où les Carthaginois furent refoulés en Afrique. Les exactions, rapines et cruautés des proconsuls amenèrent une insurrection générale, ce dont les Romains profitèrent pour mettre la péninsule ibérique à feu et à sang. Les indigènes se défendirent avec acharnement et le siège de Calagurris (*Calahorra*) défendue par les Vascons démontra aux Romains à quelles extrémités pouvait conduire l'amour de la liberté poussé jusqu'au fanatisme.

Plus tard, pendant les guerres civiles, on retrouve des corps cantabres servant comme alliés successivement dans les armées de Pompée et de César à qui ils rendirent les plus grands services. (*De bello civili*, lib. III, chap. XXXVIII, LXX, LXXIV et LXXV.) Les guerres civiles passées, Auguste, maître de l'Empire, entreprit de réduire les peuples encore indépendants. Il attaqua les Cantabres et leur livra une lutte à outrance. Mais, après des efforts inutiles, comprenant qu'il n'y avait rien à faire contre un peuple que défendaient à la fois ses montagnes escarpées et son amour de la liberté, Auguste, malade, revint à Rome, laissant à son lieutenant Agrippa le commandement de l'expédition.

Aucun d'eux ne réclama à son retour les honneurs du triomphe. Ils avaient abandonné le théâtre de la guerre en entourant les Cantabres d'une ceinture de garnisons destinées à prévenir les incursions des Basques dans les plaines. La péninsule se couvrit d'un réseau de voies romaines; mais une seule d'entre elles traversait le pays basque : c'était celle

de Dax (*Aquæ Tarbellicæ*) à Astorga¹ par le col de Roncevaux et Pampelune.

Tibère, successeur d'Auguste, s'efforça de gagner la confiance des Basques en leur laissant leurs lois, leurs coutumes, ainsi que le libre usage de leur langue; il pensa même s'en les attacher en leur assurant l'exemption totale des subsides². Cette politique était sage, car nous voyons les Basques réapparaître comme alliés dans les armées romaines. Quand les Romains durent plier sous la poussée des barbares, Vandales et Suèves, les Cantabres et les Vascons surent maintenir ces étrangers à l'écart. Mais au v^e siècle ils durent céder à la pression des Goths conduits par Récarède, leur abandonnant une partie de leurs possessions de la péninsule ibérique, pour s'étendre au delà des Pyrénées, sur les plaines de la Novempopulanie.

Les recherches anthropologiques du D^r Collignon semblent démontrer que les Aquitains n'avaient avec les Basques aucune parenté de race³. D'autre part, il paraît douteux que l'occupation par les Basques du versant nord des Pyrénées soit antérieure au v^e siècle, car il résulte des récits des historiens romains antérieurs à cette époque, que, dans leurs luttes avec les Cantabres, ce fut toujours sur le versant méridional des Pyrénées que les Romains les attaquèrent. Ceux-ci n'eussent sans doute pas fait pareil détour s'ils avaient pu atteindre leurs ennemis sans traverser au préalable la chaîne des Pyrénées. C'est que les pays au nord de cette chaîne étaient alors occupés par des peuplades de la Confédération des Tarbelli, que les Romains avaient déjà soumis. C'étaient des ancêtres des Gascons actuels, qui se distinguent nettement des Basques par leurs caractères anthropologiques, ce que le D^r Collignon considère comme une preuve irréfutable de la différence d'origine des deux peuples.

Enfin, si l'on admet généralement que, parmi les Basques

1. Capitale des Astures sous Auguste. Aujourd'hui ville de 5.000 habitants dans la province de León.

2. SANADON : *Essai sur la Noblesse des Basques* (Paris, 1785; p. 97).

3. Recherches publiées dans le journal *L'Anthropologie*, ann. 1894, t. V, n^o 3, p. 279 : « A mesure que j'avancais au cœur du pays basque, un type d'homme nouveau, profondément différent de tous ceux que j'avais étudié en France et en Allemagne, se révélait à mes yeux... »

des sept provinces, ceux des provinces basques françaises et de la Navarre espagnole ont mieux conservé l'intégrité de leur race, la pureté de leur langue et leur droit de famille antique, n'est-ce pas parce que, à l'époque des invasions, les Basques de la montagne étaient, du fait de leur isolement, mieux placés que les autres pour conserver leurs caractères ethniques et leurs traditions ancestrales. Sous la pression des Goths, ils descendirent à leur tour vers les plaines du versant septentrional des Pyrénées, où l'on retrouve, mieux qu'ailleurs, les traits essentiels de leur race.

L'occupation par les Vascons d'une partie de la Novempopulanie fut cause que cette province délaissa bientôt son nom primitif pour s'appeler la Vasconie. Ce nom de Vasconie donnera plus tard naissance à la double dénomination de Gascons et de Basques, cette dernière désignant seule les véritables descendants des anciens Vascons.

Les Vascons menaçaient de s'étendre en Aquitaine. Ils furent contenus en 602 par Théodebert et Théodoric, en 636 par Dagobert. Puis ce sont les Arabes d'Abdérane qui franchissent les ports de Cize et traversent le pays basque. Battus, ils repassent en Espagne, mais quelques-uns s'arrêtent dans les Pyrénées et s'y fixent.

C'est à son retour d'une expédition contre les Maures que Charlemagne fut victime à Roncevaux de la trahison des Basques, qui fondirent à l'improviste sur son arrière-garde. Là périt, nous dit Eginhard, un préfet des marches de Bretagne qui s'appelait Roland ¹.

Charlemagne créa en faveur de son fils Louis le royaume d'Aquitaine. Dévasté par les Normands, il fut réuni sous Louis le Bègue à la monarchie française après un siècle d'existence. A ce moment, les gouvernements, duchés et comtés devenus héréditaires se fractionnent à leur tour. Mais les

1. La matérialité des faits, embellis par les légendes épiques, n'est plus guère contestée, surtout depuis la découverte récente à Valcarlos, près le col de Roncevaux, de squelettes de grandes dimensions et d'armes de l'époque franque. Mais un érudit bayonnais, M. Jules Vinson, a publié dans la revue de la Société des Lettres, Sciences et Arts de Bayonne (1884) une fort savante étude tendant à démontrer que le *Chant d'Altabiscar*, version basque de la Chanson de Roland, était apocryphe. C'est fort possible, car les Basques de ce temps lointain n'écrivaient rien.

habitants des Pyrénées Occidentales refusent de se plier à la règle féodale. On applique la maxime : « Nul seigneur sans titre », et, ainsi que le rappelle une loi de l'Aragon, « les habitants eussent abandonné leur contrée stérile et sauvage, si ce désavantage n'avait été compensé par la liberté ». Au x^e siècle, la liberté individuelle est fortement protégée dans les divers Etats des deux versants pyrénéens : Béarn, Navarre, Aragon ou Catalogne. Ces pays ont des gouvernements constitutionnels, leurs habitants ne reconnaissent le seigneur, comte ou roi, qu'après serment préalablement prêté de maintenir les Fors (France) ou Fueros (Espagne). Des assemblées, Corts ou Cortès, votent les impôts, protègent la personne et les biens de l'homme libre de servitude. Les hautes vallées, d'accès difficile, peuplées de pasteurs, forment des Universités, de petites Républiques se battant ou s'alliant entre elles ; chacune défendant la frontière qui était la sienne, ses propriétés et ses pâturages, signant avec ses voisins des traités de paix ou d'alliance sans trop se préoccuper de savoir si les grandes principautés dont elles dépendaient en principe étaient en paix ou en guerre. D'une façon générale, les Pyrénées Occidentales eurent peu à souffrir du régime féodal, et les nobles y vécurent en bonne intelligence avec le reste de la population.

Tel était l'état politique de nos régions à l'époque de la rédaction des premiers Fueros.

II

LE MATRIARCAT — LA COUVADE

Si l'on en croit Strabon (liv. III), les peuples primitifs d'Espagne, et spécialement les Cantabres, auraient connu le régime du matriarcat. Chez les Cantabres, dit cet auteur, ce sont les filles qui héritent de leurs parents et se chargent du soin d'établir leurs frères. Chez ce même peuple existe une coutume bizarre qu'on appelle couvade et que l'on peut à la rigueur considérer comme une des conséquences du régime matriarcal. « Chez les Ibères, quand une femme est accouchée,

le mari la remplace au lit et se fait servir par elle. » Cet usage singulier paraît avoir été assez fréquent dans l'Antiquité. Diodore de Sicile l'attribue aux Corses de son temps, qui étaient peut-être de race ibérique. « Ils n'ont, dit-il, aucun soin de la femme en couches. Dès qu'une femme enfante, le mari se met au lit comme s'il était malade, et s'y tient pendant un nombre de jours invariable. » Et Herbert Spencer, inspiré sans doute par la lecture de l'ouvrage de Strabon, dit dans un de ses livres ¹ : « Mettez une personne au défi d'imaginer toutes les analogies possibles; jamais elle ne tombera sur l'usage qui se rencontre chez les Basques et qui existe chez d'autres races : quand une Basquaise accouche, le mari se met au lit et reçoit les félicitations des amis, tandis que la femme vaque aux soins du ménage. » D'après Peschel, cette bizarre coutume se rencontre également chez nombre de peuplades sauvages d'Afrique et d'Amérique, et, encore de nos jours, chez les Indiens Jivaros du Haut-Amazone. Existait-elle encore au pays basque à une époque récente ? Aug. Chaho l'affirme pour la Biscaye ². Eug. Cordier regrette de ne l'avoir pas vue fonctionner de près dans la Basse-Navarre et dans la Soule où il s'est rendu, mais il penche pour l'affirmative d'après les renseignements qu'il s'est procuré (?) dans ces deux provinces ³. Il ajoute que les Béarnais paraissent également avoir pratiqué cet usage dont le nom rappelle que, chez certains oiseaux, le mâle couve tout aussi bien que la femelle.

Par contre, de nombreux savants ont vainement cherché les traces de cette institution. « Durant mes fréquents voyages dans le pays basque français et espagnol, dit M. Bladé ⁴, j'ai vainement essayé de constater un seul fait relatif à la couvade. J'ai interrogé là dessus les curés, les médecins et les sages-femmes. Personne n'a pu me signaler un seul fait qu'il me fût possible de vérifier par une enquête que j'étais

1. *La Science sociale*, VI, p. 145.

2. « Les Biscariennes quittent leur lit immédiatement après leurs couches et le mari prend la place de sa femme auprès du nouveau-né. » (*Voyage en Navarre et dans les provinces basques*. Bayonne, 1865; p. 384.)

3. *Organisation de la famille chez les Basques*, p. 23.

4. *Etude sur l'origine des Basques*, p. 527 (1869).

décidé à aller faire sur les lieux. » En fait, un auteur comme Chaho est sujet à caution. Quant à E. Cordier, il est probable qu'il a dû mal interpréter les réponses qui furent faites à ses questions.

On pensa un moment, vers 1874, avoir trouvé un cas de couvade à Ayherre (Basse-Navarre) où M. Etchecopar, ancien instituteur et homme digne de foi, aurait raconté que, dans une des familles les plus aisées de cette commune, chaque fois qu'une femme accouchait, le mari se mettait immédiatement au lit et se faisait soigner comme s'il était malade. La Société des Lettres, Sciences et Arts de Pau se saisit de la question et obtint une attestation ainsi conçue : « Je soussigné, P.-J. Londaits, ancien maire de la commune d'Ayherre, déclare n'avoir jamais entendu dire qu'aucun père de famille de cette commune, après l'accouchement de sa femme, ait pris sa place après la naissance, et que cette histoire de couvade, dont mon ancien secrétaire Etchecopar a parlé pour rire, dans une réunion d'amis, est une pure farce. »¹

Il s'agit donc en l'espèce de propos sans fondement, tenus *post potum*. La question reste posée.

L'institution de la couvade n'a pas été étudiée uniquement à titre de curiosité. On a cherché aussi à l'expliquer.

Commençons par rejeter la légende d'Aïtor, invoquée par Aug. Chaho dans son *Voyage en Navarre*. Aïtor, père des Eskualdunac, eut un fils durant son exil sur la montagne. Craignant pour la vie de l'enfant s'il le laissait seul avec la mère, Aïtor le prit sous sa garde pendant que la mère allait quérir la nourriture de toute la famille. C'est depuis lors, dit Chaho, et en souvenir de leurs premiers parents, que les Basques auraient conservé l'usage symbolique de la couvade. Cette explication satisfait peut-être l'esprit superstitieux des Basques, mais est trop fantaisiste pour nous contenter.

D'après A. Rey (*Les Sciences sociales et leur état actuel*), cet usage aurait pris naissance à l'époque où, le patriarcat se substituant à la filiation utérine, le père voulut prendre la place de la mère sous tous les rapports. La puissance pater-

1. V. le bulletin de cette Société, année 1877-78, p. 75.

nelle revêt, aux yeux des anciens Ibères, un caractère de telle nouveauté, que, pour en expliquer la nature, ils recourent à l'analogie. La coutume oblige le père à simuler le travail de l'accouchement; il se met au lit et geint comme s'il devenait la véritable mère. C'est le règne de la couvade.

« Elle peut être considérée en effet comme marquant le passage du régime matriarcal au régime patriarcal, ce simulacre ayant pour but de transférer symboliquement au père l'importance juridique et sociale de la mère dans la famille. »

L'allemand Bachofen y voit — et son hypothèse est assez vraisemblable¹ — une sorte d'affirmation par le père de sa paternité. Celle-ci n'étant pas encore bien certaine, celui qui voulait en revendiquer l'honneur recourait aux actes symboliques de la couvade. Cependant cette explication ne vaut pas pour les Basques, qui étaient monogames et pour lesquels aucun doute sur la filiation paternelle ne devait exister en principe. On peut voir aussi dans cette institution, comme le fait Cordier, une manifestation superstitieuse. « Le père prend l'enfant, le place près de lui, le fait sien en sa couche, l'échauffe et croit peut-être lui assurer par son contact sa force, sa santé, ses qualités viriles, c'est ce qu'il souhaite à son fils. Quand une jeune mère quitte son lit d'enfantement, l'époux prend à l'instant sa place auprès du nouveau-né, comme si l'inspiration du souffle paternel devait communiquer la force à cet être faible et chétif, doué d'une impressionnabilité magnétique. »

Cette dernière explication nous paraît la plus simple, bien qu'il soit possible de voir dans la couvade une des conséquences du régime matriarcal.

Quoi qu'il en soit de cette pratique, plus propre au demeurant à exciter la verve de l'humoriste que la sagacité du juriste, il n'en demeure pas moins qu'en dehors de l'assertion de Strabon, nous n'avons aucune preuve positive de l'existence du régime matriarcal chez les Cantabres ou les Vascons. Certains ont fait grand bruit autour de la découverte faite à Tarazona en 1878, par le Père Fita, d'une inscription hispano-latine où il était question d'une fille qui au lieu du nom

1. *Das Mütterrecht*, p. 256 (Stuttgart, 1861).

de son père ne portait que celui de sa mère ¹. Mais il apparaît que cette inscription se réfère simplement à une fille naturelle qui, n'ayant pas de père connu, en était réduite à porter le nom de sa mère. (CAGNAT: *Cours élémentaire d'épigraphie latine*, p. 24.) En outre, la ville de Tarazona est située au levant de la péninsule et se trouve, par conséquent, située en dehors du pays basque.

Il est évident que le fait de la maternité constitue une donnée indiscutable et certaine, tandis qu'on ne peut en dire autant de la paternité. Le simple raisonnement permet d'affirmer que la famille a dû se constituer d'abord du côté de la mère. Les anciens Basques étaient monogames, comme le prouve le silence des historiens latins à cet endroit, eux si exacts à noter toutes les particularités concernant le mariage qu'ils rencontraient chez les barbares.

Le mari basque apportait une dot à sa femme, et sitôt le mariage célébré, il commençait à mener cette existence à la fois pastorale et guerrière qui ne lui permettait que de rares apparitions au foyer domestique. C'est donc la mère qui conduit la maison et a la charge des enfants.

Il paraît naturel, après cela, que les coutumes locales se soient attachées plutôt à la mère qu'au père. Ayant à choisir entre la postérité mâle ou femelle, la coutume éliminera les mâles, que leurs occupations professionnelles appellent de bonne heure à quitter le groupe familial. Ayant au contraire leur place définitivement marquée au foyer domestique, les filles hériteront de leurs parents, et, en qualité d'héritières, seront chargées du soin d'établir leurs frères, comme nous le dit Strabon. Ce qui donne la clef de cette organisation de la famille, c'est le désir de maintenir la prospérité des exploitations en en confiant la charge et la direction aux seuls êtres capables de les gérer de façon utile et continue (BLADÉ, *op. cit.*, p. 442).

E. Cordier ne fait point fi de ces considérations d'ordre économique. Cependant, il préfère voir la source de l'égalité des sexes devant la loi civile, admise par les anciennes cou-

1. *Essai sur les survivances de la déclinaison celtique et celtibère*, p. 97 (Madrid, 1878).

tumes basques, dans le principe moral qui élève la femme au niveau de l'homme. Cette thèse ne peut être absolument exclue si l'on admet la parenté des Basques et des Berbères. Chez ces derniers, en effet, les femmes jouissent de prérogatives très importantes qui contrastent avec la situation très inférieure que les peuples voisins, arabes ou nègres, font au sexe féminin.

La femme touareg est l'égale de son mari et souvent supérieure à lui. Elle gère elle-même sa fortune personnelle et parfois acquiert de grandes richesses. C'est ainsi, dit Duvergier, qu'à Rhat, une grande partie des jardins, des sources, du cheptel et du commerce de la place appartient aux femmes ¹. Les femmes touareg ne vivent pas recluses comme les femmes arabes; beaucoup ont une certaine instruction, chose rare chez la femme arabe ². En général, l'enfant suit la condition de la mère : il est noble si elle est noble, serf si elle est serve. Au point de vue politique, ce n'est pas le fils du chef qui succède à son père, mais le fils de sa sœur aînée.

Chez les Kabyles, comme dans l'Egypte moderne, l'influence musulmane a presque entièrement détruit les prérogatives de la femme, dont il ne reste que quelques traces. Dans l'Egypte ancienne, la femme était l'égale de l'homme. La fille majeure avait pleine capacité civile, et la femme mariée jouissait d'une grande liberté qui ne commença à être restreinte qu'après la conquête macédonienne ³. Cette considération pour la femme qui se retrouve chez les peuples du Soudan égyptien et chez les Ethiopiens, mi-nègres, mi-berbères, est bien l'un des traits caractéristiques des peuples de race berbère ou libyenne.

En passant en Europe, Ibères ou Berbères conservèrent longtemps leur droit matriarcal. Les plateaux herbus d'Espagne et les monts pyrénéens se prêtaient à la vie pastorale favorable à l'amélioration de la condition de la femme, car elle entretenait entre les deux sexes une sorte de division du travail : les hommes s'en allaient au loin garder les troupeaux ou faire le commerce ou la guerre; les femmes restaient

1. *L'Afrique pittoresque*, p. 113.

2. V. *Aurelia Tedjani, princesse des Sables*, d'Henri BORDEAUX.

3. LETOURNEAU: *Condition de la femme*, p. 343.

au foyer conjugal : à elles revenaient l'éducation des enfants et l'administration des biens.

Les choses changèrent, ainsi que nous le verrons plus tard, quand à l'art pastoral vint s'ajouter une autre ressource : l'agriculture.

III

PLACE ACCORDÉE A LA FEMME DANS LA VIE SOCIALE

On peut encore voir une survivance du régime matriarcal dans la place que l'ancien droit faisait à la Basquaise dans la vie sociale.

Avant la Révolution, en Soule, dans le Labourd et en Basse-Navarre, les Fors ne s'inspiraient nullement d'un esprit de méfiance à l'égard de la femme ; ils se signalaient au contraire par un féminisme bien tranché, pour parler le langage de nos siècles. Il est facile de s'en convaincre si l'on consulte le texte des anciennes législations de la contrée. Elles réalisaient, notamment, une réforme que l'on ne parvint jamais à faire entrer dans notre Code civil¹ : nous voulons parler du droit pour la femme mariée de disposer librement de son salaire. La coutume générale de la vicomté de Soule, publiée en 1520, déclare que le mari, en principe, gère les biens de la communauté, mais elle ajoute aussitôt : sinon que la femme ait des biens acquis par son industrie. La coutume du Labourd s'exprime en termes analogues.

Ce rôle prépondérant de la femme dans nos contrées a frappé tous les observateurs. « J'ai pu, écrit Le Play en 1833, étudier à trois reprises, au cours de mes voyages, la famille basque dans ses moindres détails, en France et en Espagne. J'ai toujours admiré la haute influence que la femme exerce au foyer domestique par son autorité traditionnelle, sa vertu et sa grâce incomparables. » La femme mariée n'est pas seulement une ménagère dont le rôle consiste, dans l'inter-

1. En effet, la loi du 13 juillet 1907 est restée en dehors des articles du Code.

valle des travaux pénibles ¹, à préparer la nourriture de son mari ou à la lui servir : elle est une autorité effective dans la famille. Ses avis sont écoutés et son jugement souvent l'emporte dans la direction du ménage : son rôle moral est considérable.

Sans doute, les femmes et filles ne s'asseyent pas à table avec leur mari ou leur père, mais elles n'en sont pas moins considérées pour cela. On doit s'abstenir, en particulier, de tout acte de violence en présence d'une femme. Dénouer les cheveux d'une femme est puni d'une peine identique à celle infligée pour avoir tiré la barbe d'un homme. Toutes ces coutumes sont antérieures à la chevalerie et à la féodalité, dont l'arrivée dans les Pyrénées fut au contraire marquée par certains accès de brutalité envers la femme. La féodalité autorisait peut-être quelques raffinements dans le langage et la politesse extérieure envers les dames de la noblesse, mais la position légale de la femme en général et les égards qui lui étaient dus ne s'en ressentirent guère.

La femme ne se contentait pas d'être presque l'égale de l'homme ou point de vue civil. Elle jouissait encore dans nos provinces de certains droits politiques.

Les villages ou communautés rurales s'administraient eux-mêmes. Cette administration était exercée par les assemblées générales de paroisse. Ces assemblées, dites assemblées capitulaires dans le Labourd, n'étaient pas composées de tous les habitants de la paroisse, mais seulement des chefs de maison. Souvent elles se tenaient en plein air, devant la porte de l'église.

Elles présentaient cette particularité que les nobles et les prêtres n'y avaient pas droit de vote ; ils pouvaient assister aux réunions, mais sans voix délibérative. Les femmes, chefs de famille, pouvaient se faire représenter par quelqu'un de

1. Les anciens étaient frappés de la vigueur des femmes cantabres. « Tout ce qui n'est point dur labeur de guerre est l'œuvre de l'infatigable épouse du mari callécien », a dit Silius Italicus (liv. IV). Plus près de nous, Chaho (*op. cit.*, p. 282) nous peint les Basquaises maniant avec les hommes la laya, grande fourche à deux dents qui déchire le sol là où la charrue ne peut se rendre, ou, dans les ports de Biscaye, chargeant les navires avec l'élégante adresse compagne de leur vigueur, marchant d'un pas léger et cadencé, en soutenant sur leur tête le même ballot sans rompre l'équilibre. Ce caractère de grande race, observe Humboldt, ne s'est maintenu que là où le sang indigène a été le moins mêlé.

leur maison, mari ou fils aîné. Elles étaient donc à même d'exercer certains droits politiques, au moins par voie de délégation.

A Bayonne, les femmes ne jouissaient pas de semblables droits. Néanmoins, le roi d'Angleterre se fit parfois prêter serment par tous les habitants de la ville, même par les femmes, de ne pas donner asile à ses ennemis ¹.

Sur l'autre versant des Pyrénées, l'absence de droits politiques conférés aux femmes n'empêchait pas de les traiter avec une grande considération et d'attacher à leur témoignage une valeur toute particulière. Dans le For de Jaca on relève la disposition suivante : « Que mon mérin, dit le roi, n'accueille point de plainte contre un homme de Jaca, si ce n'est à l'arbitrage de six femmes citoyennes de la ville. »². Cette disposition curieuse est à rapprocher des clauses du traité d'Iliberri attribué par Plutarque à Annibal et d'après lequel les plaintes des Carthaginois contre les habitants du pays devaient être soumises à l'arbitrage des femmes de ceux-ci.

Enfin, dans la Soule, une partie des fonctions judiciaires appartenait à des maisons nobles, familles de gentilshommes terre-tenants dont les chefs étaient juges nés. Si l'héritière d'une de ces maisons se trouvait être une fille, c'était à elle qu'appartenait cette sorte de magistrature. Pendant longtemps les héritières exercèrent leurs droits elles-mêmes; mais, au XVIII^e siècle, l'usage s'introduisit qu'elles les fissent exercer par leur mari, quand elles étaient mariées ³.

De tout ceci nous pouvons conclure que les coutumes basques présentent une originalité certaine. Quelle que soit l'origine de ce droit très ancien, une de ses manifestations les plus caractéristiques paraît être l'application du droit d'aînesse sans distinction de sexe, qui fut pendant longtemps le droit commun de nos provinces. Nous aurons l'occasion d'y revenir. De nos jours encore, l'aînée, si c'est une fille, est souvent instituée héritière et devient maîtresse du domaine familial. C'est

1. Archives de Bayonne, AA, p. 108.

2. La ville de Jaca, quoique située en Aragon, est très voisine du pays basque. Elle se trouve au sud-est de la Soule.

3. CORDIER, *op. cit.*, p. 45.

l'etcheco anderia. Son mari occupe une situation intermédiaire entre celle de maître et celle de valet. Jusqu'à quel point cet état de dépendance était-il conciliable avec la puissance maritale ? C'est ce que nous aurons l'occasion d'examiner au cours de la seconde partie de cette étude.



CHAPITRE II

La langue basque et les sources



Il est étrange que cela puisse paraître, il n'y a pas à proprement parler de littérature basque (nous voulons parler de littérature ancienne). Il n'existe pas davantage d'ouvrages juridiques en langue basque. Le folklore basque est riche, mais ses éléments (chants et pastorales) ne s'étaient, jusqu'à ces derniers temps, transmis qu'oralement. Cette langue, remarquable par sa résistance à l'action du temps et des hommes, ne possède aucun monument écrit ancien. Les Basques, qui l'aimaient à ce point qu'au XVIII^e siècle encore ils ne voulaient user d'autre langage, ne songèrent jamais à s'en servir pour les actes publics et privés.

Larramendi disait en 1745 que les Basques ne possédaient aucun manuscrit qui eût plus de deux siècles d'antiquité. Tout ce qu'il avait pu se procurer d'ouvrages imprimés en basque ne dépassait pas le chiffre de dix : c'étaient des livres de piété ou des traductions. Le plus ancien, une traduction du Nouveau Testament de Jean de Lissagara, de Briscous, ne remonterait qu'à 1571. Et le chant d'Altabiscar, que l'on dit contemporain de la défaite de Roland à Roncevaux, ne semble pas avoir été inspiré, comme les Basques le prétendent, par l'enthousiasme de la victoire, mais par la lecture des romans du Moyen Age ¹.

Certes, le pays basque n'a pas manqué de savants ni de poètes; mais ceux-ci, au lieu d'écrire dans l'idiome national

1. V. la note p. 19.

qui n'eût été accessible qu'à quelques lettrés, ont préféré s'exprimer en un langage comptant plus d'adeptes. Oihenart écrivit en latin, Larramendi en espagnol, le plus grand nombre en français.

Ne nous étonnons pas, dès lors, que l'on n'ait jamais pu découvrir dans les archives de France et de Navarre, un seul acte sous seing privé, une seule charte écrite en langue euskarienne. Celle-ci ne fut jamais la langue officielle, ni celle du Palais. On ne l'employait ni au barreau, ni dans les lois; d'abord parce que beaucoup de légistes, avocats ou magistrats de l'intérieur ne l'entendaient pas, et aussi parce qu'elle traduisait difficilement les idées abstraites. Les Fueros sont donc écrits en latin, en espagnol, en français ou en béarnais; jamais en basque. Ne nous plaignons pas de cet état de choses, car les textes coutumiers, ainsi rédigés, nous permettront d'utiles comparaisons. Quelques-uns méritent d'être cités : il eût été pour nous sans intérêt de le faire s'ils avaient été décrits en basque, langue inintelligible pour la plupart des Français ¹.

Que faisaient donc les notaires des deux versants de la chaîne, quand les parties, ou l'une d'entre elles, ignorait la langue officielle, français (ou autrefois patois gascon et béarnais) ou castillan? Ces officiers publics procédaient alors à une traduction à l'usage des Basques basquistants. C'est ainsi que l'on trouve mentionné sur certains actes que « leur contenu a été donné à entendre mot à mot, intelligiblement en langue basque ». Ces mentions expresses sont anciennes, il n'en est plus fait usage de nos jours. Il ne faut pas les confondre avec l'habitude courante que les officiers ministériels ont encore de commenter et d'expliquer les actes dans l'idiome populaire, car autre chose est d'éclairer la religion des parties par une communication verbale, et de traduire en son entier un acte extra-judiciaire ou notarié, en rapportant le fait de cette traduction dans le corps même de la signification ou de l'expédition.

1. Au congrès de Bayonne-Biarritz, en 1911, M. l'abbé Daranatz a présenté un registre de la commune d'Ahetze dans lequel les délibérations du Corps municipal, de 1788 à 1796, sont transcrites en basque. C'est un des très rares exemples que l'on puisse citer, de l'emploi du basque comme langue officielle et administrative. Il semble d'ailleurs, en l'espèce, que cet emploi n'ait été qu'accidentel.



La base de l'organisation politique et sociale chez les Basques était le *For*, c'est-à-dire un ensemble de lois et règlements traitant de tous les sujets, depuis la constitution politique et le droit constitutionnel, jusqu'aux menus détails de la vie courante. On ne doit pas confondre *For* et *Code*. Le *For* (en Espagne, le *Fuero*) est un recueil d'articles consacrant des libertés publiques et privées; le *Code* est un ensemble de lois soumettant les personnes et les choses à l'action de l'autorité. Le *For* se rapproche donc plutôt de la Charte constitutionnelle : c'est bien là le caractère dominant des *Fueros* d'Espagne.

De Lafite Maria, avocat au Parlement de Navarre, auteur des *Mémoires et éclaircissements sur le For et la Coutume de Béarn*, débute en ces termes : « Quoique le mot béarnais *For* vienne du latin *Forum*, il est sûr que sa signification est plus étendue, puisque, à l'exemple du *Fuero* espagnol, il désigne non seulement le tribunal qui juge, mais encore la loi suivant laquelle on juge. » On ne saurait plus nettement, observe B. de Lagrèze ¹, rappeler les multiples transformations de ce mot désignant d'abord le tribunal, puis les décisions de justice rendues au jour le jour par ce tribunal; enfin la réunion de ces sentences mises en ordre tant bien que mal et réparties en rubriques pour former un Coutumier.

Primitivement, il n'existait pas de législation écrite. Le droit civil résultait d'une foule de coutumes transmises oralement et qu'on appelait « Observances ». Ce n'est que plus tard que les observances furent arrêtées et définitivement consignées dans les *Fors*, sauf modifications ultérieures. Nous admettons volontiers, avec M. Julien Vinson, que des considérations politiques précipitèrent ce travail de rédaction, tout au moins dans les provinces basques espagnoles. D'après cet auteur ², l'origine des *Fors* doit être recherchée dans les franchises et privilèges accordés aux premières associations territoriales de chrétiens au lendemain de la lutte contre les Maures (*cartas de poblacion*). Lorsque ces chrétiens se réunirent sous

1. *La Navarre française*, t. II, p. 4.

2. J. VINSON : *Les Basques et le pays basque* (Paris, 1882; un vol. in-8°).

l'autorité d'un chef commun, élu par eux roi, comte ou simple seigneur, ils lui imposèrent certaines conditions relatives surtout à la possession des terres reconquises.

La confirmation des Fors s'accompagnait de certaines adjonctions. On en profitait pour y introduire des dispositions de droit privé. Chaque province avait son For général; chaque vallée son For particulier; les unes et les autres s'efforçant d'obtenir des modifications à leur avantage. Ce particularisme ne se retrouve qu'à un degré moindre dans les provinces françaises, de plus faible étendue, et où, pour des raisons historiques que nous verrons, la rédaction des Coutumes fut plus tardive. Elle ne devait s'achever qu'au début du XVII^e siècle.

En droit privé comme en droit public, les Fors basques du Moyen Age nous révèlent un milieu social tout à fait différent de celui des pays voisins. Le droit d'aînesse sans distinction de sexe ou la co-seigneurie nous apparaissent comme des institutions caractéristiques du droit euskarien, quelles que soient par ailleurs les influences étrangères qui ont pu l'obscurcir. Chez les Landais, les Béarnais, les Barégeois ou les Aragonais, les coutumes basques ont laissé des traces, malgré la disparition de l'idiome et l'atténuation des signes distinctifs de la race. Les analogies que nous pourrions relever entre ces législations voisines les rattachent à ce tronc euskarien dont la plupart sont issues et dont les autres ne diffèrent que sur certains points de détail.

Il nous paraît possible d'exposer à présent, dans leur développement historique, les sources du droit dans les provinces qui font l'objet de la présente étude.



CHAPITRE III

Histoire et Sources



LES développement qui vont suivre ont pour objet de nous faire acquérir quelques notions historiques utiles à l'intelligence des textes objet de notre étude. La multiplicité des Fors et des Coutumes tient pour une bonne part au morcellement politique ayant été pendant longtemps le fait des Pyrénées Occidentales, où l'unification législative n'a suivi que de loin l'unité politique.

SECTION I

BAYONNE ET LE LABOURD

Jules César, conquérant et historien des Gaules, mentionne dans ses *Commentaires* quelques-uns des peuples qui habitaient l'Aquitaine. Pline en cite un plus grand nombre. Vers 125, l'empereur Hadrien en évaluait le nombre à neuf, ce qui fit donner à l'Aquitaine le nom de *Novempopulanie* ou terre des neuf peuples : *Novempopuli*¹.

L'un de ces peuples paraît avoir occupé une place considérable, c'est celui des Tarbelliens (*Tarbelli*) qui s'étendait à l'occident de la Novempopulanie, le long du golfe de Gas-

1. Au temps de Constantin, la Notice des Provinces de l'Empire divisait la Novempopulanie en douze cités : Eauze, Auch, Dax, Lectoure, Comminges, Couserans, Béarn, Aire, Bazas, Tarbes, Oloron et Boius (*Civitas Boatium*) dont le territoire se trouvait d'après Marca, non pas à Bayonne, mais au pays de Buch (environs d'Arcachon).

cogne. Leur chef-lieu était Dax ou plutôt *Acqs*, l'*Aquæ Tarbellicæ* aux eaux constamment bouillonnantes signalées dans l'itinéraire d'Antonin.

Au nord, les Tarbeliens s'étendaient jusqu'aux grandes landes du Médoc, au sud jusqu'au faite des Pyrénées, des rives de la Bidassoa jusqu'au point le plus élevé de la Soule¹.

Bayonne et le Labourd eurent pour premiers habitants les Laphurtarrac, tribu eskualdunaïse de la confédération tarbelienne établie de temps immémorial à l'extrémité sud de l'Aquitaine et dont les Basques labourdins sont actuellement les descendants directs (BALASQUE). D'où le nom de *Lapur-dum* (ou *Laphurdum*) qui était donné à Bayonne et dont le mot *Labourd* semble être la contraction. Ce nom latin semble être formé de deux mots d'origine euskarienne : *Lapurra* (désert) et *dun* (haut). Le terme de *Bayonne* apparaît à la fin du XI^e siècle, dérivé lui aussi du basque : *Baia* (baie), *ona* (bonne). Cette ville est en effet située au fond d'un large estuaire où les navires trouvent un abri sûr.

Cet avantage naturel, joint à la situation de la ville au confluent de la Nive et de l'Adour, n'avait pas échappé aux Romains, qui, lors de la conquête des Gaules, firent de Bayonne une place de guerre. Cette station militaire appuyée à celle de Dax, en même temps qu'elle assurait la libre navigation sur l'Adour, eut pour but essentiel la surveillance des rudes euskariens, vaincus mais mal soumis, et dont les frères d'Espagne venaient de résister avec tant de courage aux armes de Rome.

Quant au Labourd, c'était, à l'origine, le district diocésain qui entourait Lapurdum. Il était alors bien plus étendu qu'aujourd'hui. Indifférent aux modifications territoriales qu'imposaient les vicissitudes de la politique, ce diocèse s'étendait à l'est jusqu'au pays de Cize, en Basse-Navarre, et comprenait les vallées du Bastan, de la Bidassoa et d'Oyarzun jusqu'à Saint-Sébastien. Ce ne fut qu'au XVI^e siècle, avec les guerres de religion, et sur les instances du roi d'Espagne Philippe II, que ces vallées lui furent soustraites pour être rattachées au diocèse de Pampelune (1566).

1. Ptolémée nous le dit en termes exprès : *Usque ad Pyreneum montem Tarbelli. Tarbellæ Pyrenæ*, dit encore le poète Tibulle.

A la chute de l'Empire romain, Bayonne et le Labourd firent partie du duché de Vasconie (602) devenu duché de Gascogne (864), rattaché par la suite au duché d'Aquitaine (1039). C'est vers cette époque, marquée par l'organisation du régime féodal, que l'ancienne Vasconie se morcela en un grand nombre de seigneuries indépendantes et que la région qui devait devenir le pays basque français forma trois unités : la Soule, le Labourd et la Basse-Navarre. Au commencement du XI^e siècle, le duc de Gascogne, Sanche Guillaume, engagea au roi de Navarre Sanche le Grand les terres constituant le Labourd et l'actuelle Basse-Navarre pour l'indemniser des frais de son intervention dans un démêlé qu'il avait eu avec le comte de Toulouse. Sanche le Grand érigea en fiefs héréditaires les terres qui lui étaient ainsi advenues et créa vers 1023 la vicomté de Labourd. Il la donna à un de ses cousins, Sanche Loup, majordome de Navarre, qui occupait un poste important à la Cour. Quelques années après, Eudes de Poitiers, duc d'Aquitaine, racheta les terres engagées par son prédécesseur : la vicomté de Labourd revint ainsi sous la suzeraineté des ducs d'Aquitaine, mais garda son autonomie. Il suivit alors le sort de l'Aquitaine. Eléonore, par ses mariages successifs avec Louis VII et Henri Plantagenet, fit passer la vicomté sous la domination des rois de France et plus tard sous celle des rois d'Angleterre (1152).

Ce changement ne se fit pas sans résistances. En 1174, le vicomte de Labourd Arnaud Bertrand et le vicomte de Dax se soulevèrent. Richard Cœur de Lion, gouverneur d'Aquitaine pour le compte de son père Henri II d'Angleterre, assiégea et prit Bayonne, et fit tout rentrer dans l'ordre. Après avoir pacifié le pays, il décida que Bayonne ne serait plus capitale du Labourd et la plaça directement sous l'autorité du Roi, qui y fut représenté par un prévôt. Quant au vicomte Arnaud, il transporta sa résidence à Ustaritz, qui devint le chef-lieu du Labourd. Son successeur, Guillaume-Raymond de Sault, vendit pour 3.680 florins ses droits sur la vicomté au roi d'Angleterre (1193). Ainsi, le régime féodal prit fin dans le Labourd, qui, quelques années après, fut érigé en baillage dont le siège était à Ustaritz et qui eut

pour premiers titulaires les descendants de la maison vicomtale de Sault de Navailles ¹.

En 1215, Jean sans Terre, successeur de Richard, concède à Bayonne une charte de commune ² et des droits particuliers de juridiction ³. A cette époque commence pour la ville une ère de grande prospérité à laquelle son hinterland participe indirectement.

Quant au Labourd, il est intéressant de noter qu'il possède dès le début du XIII^e siècle un régime politique spécial tout à fait exceptionnel pour l'époque. C'est un pays de franc-alleu où la terre et les hommes sont libres, affranchis de toute sujétion aux gentilshommes locaux et placés sous l'autorité directe du Roi, sans aucun intermédiaire. C'est exclusivement en son nom que les impôts étaient perçus et la justice administrée.

1. En instituant à côté de Bayonne une justice différente de celle qui fonctionnait déjà sur le territoire de la ville, Henri III ne faisait que reprendre un projet conçu par Richard Cœur de Lion. Dans ses *Études historiques sur la ville de Bayonne* (I, p. 254), M. Balasque fait observer que l'origine des baillis de Labourd se trouve indiquée dans la « Charte des Malfaiteurs » édictée par Richard pour la répression des crimes dans la ville et la vicomté de Bayonne. Cette charte commence par invoquer le témoignage et l'assentiment du peuple de Bayonne, des prud'hommes de la ville et des preux chevaliers de la contrée (*dous proulz cavers de la terre*). Elle énumère ensuite tous les faits punissables avec le châtement prévu pour chacun d'eux. Elle finit en disant : « Pour le reste que le bailli du seigneur qui sera établi hors la cité de Bayonne, il en soit fait autant pour tout larcin qui sera commis, qu'il en était fait par le seigneur suivant l'usage primitif. » Comme à Bayonne il existait déjà un prévôt royal, l'autorité du bailli à établir en dehors de la ville ne devait s'étendre que sur le reste de la vicomté.

2. « On voit au début du XIII^e siècle la ville de Bayonne abandonner le régime municipal indigène et chercher au loin une constitution étrangère, celle des communes normandes transportée et perfectionnée dans les villes du Poitou et de la Saintonge. C'est une double cause : la suzeraineté des rois d'Angleterre étendue de la Normandie aux Pyrénées, et le commerce d'une ville maritime, qui amène ainsi aux extrémités de la zone municipale du Midi la commune jurée dans sa forme native avec toutes ses règles et ses pratiques. Aux termes de la Charte royale donnée par Jean sans Terre en 1215, le Corps de ville de Bayonne se composait d'un maire, de douze échevins, douze conseillers et soixante-quinze pairs. On admit pour les nouveaux officiers municipaux la nomenclature étrangère qui ailleurs servait à les désigner, mais ceux qui dans les villes de Normandie étaient qualifiés de jurés s'appelaient voisins à Bayonne, ce mot ayant reçu le sens politique de l'autre, celui de membres de la commune associés par le serment. » (Aug. THIERRY : *Sur l'histoire du Tiers Etat*, t. II, p. 46.)

3. Avant sa réunion à la Couronne de France, sous la domination anglaise, la ville de Bayonne n'avait point d'autre siège de justice que celui du maire et de son Conseil : il jugeait de toutes les causes civiles, criminelles et de police. En 1566, avec l'ordonnance de Moulins, les maires et échevins durent se dessaisir de la connaissance des affaires civiles pour les remettre au siège du sénéchal. Par le concordat du 16 septembre 1661, le Parlement de Bordeaux délimitait les droits de justice entre le Corps de ville et le sénéchal de Bayonne, et les causes dont chacune des deux juridictions pouvait connaître.

Si certaines redevances rappelaient par leur nom ou par leur nature l'esprit de la féodalité, les nobles ne tenaient aucune justice, ne jouissaient d'aucun privilège politique. Ils n'étaient en réalité que des propriétaires fonciers un peu plus importants que les autres ¹, n'ayant d'autres revenus que le produit de leurs terres, et soumis à l'impôt comme tous les citoyens. Comme les terres n'étaient pas bien fertiles et que chaque maison noble était de peu d'étendue, les revenus de ces gentils-hommes devaient être restreints et leur situation de fortune très modeste ².

Cet état de choses avait pour corollaire l'existence d'une égalité parfaite entre les Labourdins (comme aussi entre les Souletins et les Bas-Navarrais) au point de vue du droit civil, ainsi qu'il ressort de l'examen des textes coutumiers. Entendons par là que les mêmes dispositions s'appliquaient aux nobles comme aux laboureurs ³. Il explique pourquoi les idées de la Révolution furent accueillies au pays basque avec une grande froideur. Les Basques admettaient bien l'égalité politique et civile, mais le partage égal des successions heurtait leurs traditions. Nous constaterons plus loin qu'ils ne laissèrent pas passer les lois nouvelles sans protester.

Par suite de sa position géographique, le Labourd resta à l'écart des longues luttes qui ensanglantèrent la France au XIV^e et au XV^e siècles, notamment pendant la guerre de Cent ans. Sous l'administration libérale des sénéchaux, les privilèges dont il jouissait l'avaient fortement attaché à ses maîtres. Cependant le conflit entre la France et l'Angleterre touchait à sa fin. Les Anglais avaient évacué la plus grande partie du territoire qu'ils occupaient en Aquitaine. Char-

1. D'après une enquête faite en 1311 sur l'ordre du roi d'Angleterre, la noblesse labourdine ne possédait pas plus du vingtième des terres.

2. A la fin de l'Ancien Régime, le nombre des maisons nobles, qui était de soixante en 1311, avait beaucoup diminué: en 1789 on n'en comptait plus que douze. Les seigneurs devaient au Roi le service de Cour, de guerre (l'host) et l'Albergade, c'est-à-dire l'obligation d'héberger le Roi et sa suite. De bonne heure l'Albergade avait été convertie en une taxe annuelle de 2 sols 6 deniers morlans. La plupart de ces maisons nobles s'éteignirent dans l'obscurité et la pauvreté. Les familles qui se maintinrent (Garro, Urtubie, Lahet, Saint-Pé) avaient contracté des alliances avec des maisons de Navarre ou des Landes, grâce auxquelles elles avaient pu ajouter à leurs terres du Labourd des domaines plus productifs situés dans des pays de régime féodal. (YTURBIDE: *Au pays de Labourd avant 1789*. Bull. de la Sté des Lettres et Arts de Bayonne, ann. 1903.)

3. Nous verrons qu'il n'en avait pas toujours été ainsi en Navarre espagnole.

les VII, qui s'était transporté en Gascogne pour y diriger lui-même les opérations militaires, s'empara rapidement de Tartas, Dax et Saint-Sever, puissamment secondé dans cette campagne par Gaston IV de Foix, vicomte de Béarn, son lieutenant pour tous les pays situés entre la Garonne et les Pyrénées. S'étant assuré l'amitié de François de Gramont, seigneur de Bidache et de Bergouey, Gaston de Foix entra en 1449 en Soule et vint mettre le siège devant Mauléon. Louis de Beaumont qui tenait cette place pour le roi d'Angleterre s'étant rendu comte de l'inutilité de toute résistance, capitula: cette soumission entraîna celle de toute la Soule. (JAURGAIN: *Hist. des châtelains de Mauléon*, chap. xv.)

Après avoir pris Mauléon, Gaston de Foix vint investir le château de Guiche, qui, au confluent de l'Adour et de la Bidouze, défendait l'entrée du pays de Labourd. Cette place appartenait au connétable de Navarre Louis de Beaumont: elle capitula le 15 décembre 1449. L'acte de capitulation, conservé aux archives des Basses-Pyrénées (E 322), spécifiait que si le connétable ou ses enfants prêtaient hommage à Charles VII dans les six mois, la place leur serait rendue, sinon elle resterait au roi de France. Les habitants conservaient leurs usages et privilèges.

Apprenant qu'Ogerot de Saint-Pé, « auquel village ledit de Saint-Pé avait une maison un peu forte, close de fossés et de moulins à eau », levait un grand nombre de gens de guerre, Gaston décida d'effectuer une course dans le Labourd, qu'il traversa jusqu'à Saint-Jean-de-Luz « sans qu'il y eust homme qui s'y osât montrer ni trouver sur les chemins, ni mesme sur les villages, ains estoient tous fugitifs et cachés par les bois. Et avoient nos gens beau prendre de leurs biens et de leurs bestiaux, en telle quantité que bon leur sembloit »¹.

Le résultat de cette course en Labourd fut un traité de paix conclu entre Gaston de Foix et les gens du pays au château de Belsunce, le 18 mai 1450². Tous les habitants

1. Cité par Guillaume Leseur : *Histoire de Gaston IV, comte de Foix*; — publié pour la Société de l'histoire de France par H. Courteault, I, chap. vi.

2. Les Belsunce possédaient le château d'Ayherre en Basse-Navarre et celui de Macaye en Labourd (qui, depuis, a appartenu à la famille Haraneder). Le traité ci-dessus a dû être conclu dans l'une de ces deux localités. Il est conservé aux archives des B.-P. (E 353).

du Labourd devaient prêter serment de fidélité au roi de France dans un délai de quinze jours, sauf ceux d'Ustaritz, de Saut et d'Hasparren, pour lesquels le délai était prolongé jusqu'au prochain jour de Pâques afin qu'ils puissent terminer les affaires qu'ils avaient à Bayonne. Ils pouvaient tirer du Béarn les vivres et denrées qui leur étaient nécessaires, à condition de ne pas les vendre aux Anglais. Le roi de Castille fut informé que le Labourd s'était soumis au roi de France et fut prié de ne plus inquiéter les habitants du pays. Les seigneurs de Luxe et de Gramont furent également priés de ménager les habitants dans la querelle personnelle qui les divisait en ce moment. A ce traité, les Labourdins durent vraisemblablement être représentés par leurs jurats ou prud'hommes, bien qu'il ne soit pas fait mention de ces représentants.

L'année suivante (1451), la reddition de Bayonne marqua la fin de la domination anglaise en Guyenne.

La réunion du Labourd à la Couronne ne modifia en rien l'ancienne organisation du pays. Elle présentait des différences notables avec le gouvernement des autres parties de la Gascogne. Le Labourd n'était ni un pays d'Etats comme le Béarn et la Navarre, ni un pays d'élection comme les Landes. Toute l'administration locale reposait sur les Assemblées capitulaires ¹ formées dans chaque paroisse de tous les habitants propriétaires. Chaque année, à la Noël, chacune d'elles élisait un certain nombre de jurats (de trois à sept, suivant l'importance de la localité). L'un d'eux, qui portait le titre de maire abbé, représentait officiellement la communauté. Pour les affaires intéressant le pays tout entier, chaque paroisse déléguaient le maire abbé à Ustaritz, où se tenait l'assemblée du bailliage ou bilçar ² qui discutait et délibérait sous la surveillance des officiers du bailliage, le bailli ou son lieutenant ³.

1. Celle d'Ustaritz se tenait en plein air au lieu dit « le bois du Capitole ».

2. Dérivé du basque *bistua* (se réunir) et *gaharra*, qui, en dialecte labourdin, signifie ancien, âgé. Le Bilçar était donc, au moins primitivement, le Conseil des Anciens.

3. Par une ordonnance de 1493, Charles VIII imposait aux baillis l'obligation d'avoir des lieutenants: deux quand ils avaient à juger un grand nombre de causes. En raison de son peu d'importance, le bailliage de Labourd n'eut qu'un seul lieutenant général, qui jugeait à la fois au civil et au criminel.

Le bilçaar nommait un mandataire qui le représentait d'une façon permanente dans l'intervalle des sessions : c'était le syndic général du pays de Labourd. Ce syndic correspondait avec toutes les autorités administratives et remplissait les fonctions de trésorier du pays et de receveur des finances. Il exerçait aussi certaines attributions judiciaires et pouvait, jusqu'en 1660, convoquer le bilçaar. L'impôt foncier était réparti par le bilçaar ¹, qui réglait aussi le budget de la province.

L'histoire du Labourd aux XVI^e et XVII^e siècles fut particulièrement mouvementée, tout au moins au point de vue militaire. Avec le XVIII^e siècle devait s'ouvrir une période de décadence qui tenait à de multiples causes. Bayonne, Saint-Jean-de-Luz et Ciboure furent atteints dans leur prospérité par la perte de nos colonies d'Amérique avec lesquelles ces ports étaient en relations continuelles. Les privilèges fiscaux de la province étaient de plus en plus méconnus des agents de la Ferme, qui, pour faire face aux charges toujours croissantes qu'entraînaient les guerres de Louis XV, grevaient de taxes nouvelles les marchandises nécessaires à la vie locale ². Enfin, une épizootie ravagea le cheptel et on dut, pour le reconstituer, faire venir des vaches de Bretagne.

Tous ces malheurs avaient fortement aigri les habitants. Aussi, pendant la fin du XVIII^e siècle, les incidents furent-ils fréquents. Il y eut des troubles et des émeutes ³. Cet état de tension ne prit fin qu'avec l'Ancien Régime.

1. Extrait d'un mémoire de M. de Besons, intendant général de Guyenne en 1698, publié par la Société des Lettres et Arts de Pau (1905) : « Il y a un député de chacune des trente Communautés qui sont pour l'ordinaire des baïles ou abbés qui sont à la tête de la communauté comme les maires sont en d'autres endroits. Ces députés rendent compte à leurs communautés des affaires qu'on leur a proposées et se trouvent au jour marqué pour rapporter l'avis de chaque Communauté. »

Le géographe Humboldt indique que le pays ne payait au Roi qu'un tribut fixé primitivement à 52 francs et qui atteignait 210 francs à la fin du XVII^e siècle. Cette opinion paraît erronée. J. Nogaret a découvert que la province payait au Roi 253 livres 10 sols en 1542, 70.000 livres en 1784, sans compter son budget particulier. En 1789, il y avait un arriéré de 140.000 livres à payer.

2. En 1750, l'établissement d'un impôt sur le tabac provoqua des troubles à Hendaye, Ciboure, Saint-Jean-de-Luz, Urrugne. Et les notables de l'Arberoue (Basse-Navarre) d'adresser aux Etats du pays une pétition qui débutait par cette phrase curieuse : « Parmi les choses nécessaires à la vie de l'homme, le tabac tient la première place... »

3. Sous le règne de Louis XVI, les fermiers généraux travaillèrent de leur mieux à restreindre les franchises du Labourd. Une nouvelle émeute éclata en 1784



C'est sous la domination anglaise que fut publiée la première coutume de Bayonne (1273) en relation avec la concession par le roi d'Angleterre du livre des « Etablissements ». La révision des coutumes locales de Guyenne était une mesure de haute importance déjà en cours d'exécution à Bordeaux, ainsi qu'il résulte d'une ordonnance d'Edouard I^{er}. Les institutions de la cité seront « examinées avec soin par des clercs et des laïcs à ce commis par le roi. Les articles contraires à la raison et aux intérêts du roi seront effacés; ceux qui sont dignes d'approbation seront approuvés et les prud'hommes chargés de cette révision ajouteront ce qui leur paraîtra utile au roi ou à la commune. Les statuts approuvés, il doit en être fait trois copies: les deux premières pour le roi et la commune, la troisième pour être déposée dans l'une des principales églises, afin qu'on puisse y avoir recours. »

A quel moment, se demande Balasque, eut lieu à Bayonne le travail préparatoire soumis à l'examen et à la sanction du nouveau roi d'Angleterre? Il est impossible d'en préciser la date exacte. Mais il semble certain que les délibérations furent secrètes et durèrent plusieurs jours. Le premier acte de l'Assemblée, qui se composait de cent prud'hommes coutumiers, avait été de jurer sur les saints que toute disposition coutumière réunissant au minimum les deux tiers des suffrages serait tenue et observée à perpétuité. Les Bayonnais gardèrent cependant en fait, jusqu'à la fin de la domination anglaise, le pouvoir d'interpréter et d'amender la coutume, sous l'unique réserve de ne point porter atteinte aux droits et prérogatives de la Royauté. C'est en vertu de ce principe qu'en 1334 le maire de Bayonne, Vital de Castets, remania de

et fut si violente qu'elle nécessita un transport de troupes à Hasparren. On y mit fin d'une façon assez singulière, en confisquant les cloches dont les sonneries servaient à provoquer les rassemblements. Les habitants d'Hasparren furent tellement sensibles à cette privation, qu'ils préférèrent renoncer à leurs franchises plutôt qu'à leurs sonneries paroissiales. (YTURBIDE: *Une émeute à Hasparren en 1784*. Rev. lité d'études basques, II, 195.) Le syndic de la province implora et obtint pour ses concitoyens la clémence du Roi, qui, mieux informé des privilèges particuliers aux Basques, rendit par lettres patentes au pays de Labourd les libertés commerciales et certaines exonérations dont il jouissait auparavant. (ISAMBERT: *Anciennes lois françaises*, t. XXVII, p. 431.)

fond en comble la Coutume de 1273 en ce qui concernait la matière des successions et des contrats de mariage.

Nous ne suivrons pas M. Balasque dans l'opinion qu'il professe ¹ relativement à l'origine du droit traditionnel des populations d'origine basque. Il veut opposer la Coutume de 1273 aux Coutumes révisées et, on peut dire, mutilées en 1514 par le Parlement de Bordeaux, pour établir que la législation coutumière des populations basques, béarnaises et gasconnes du pied des Pyrénées eut pour premières assises le droit celtique ou gallique, fondement sur lequel reposerait, d'après lui, la coutume de Bayonne de 1273. L'argument n'est pas très convaincant, parce que les besoins d'une population commerçante et maritime comme l'était celle de Bayonne n'étaient pas tout à fait comparables à ceux des populations rurales de l'intérieur des terres; et nous persistons à croire, avec M. Laferrière, que leurs coutumes locales ont beaucoup emprunté à la législation primitive des Eskualdunac.

**

Après avoir chassé les Anglais, Charles VII chercha à mettre un peu d'ordre dans le Royaume. On s'aperçut que les Coutumes, très divisées, avaient besoin d'être rédigées et approuvées pour qu'elles eussent plus d'autorité. Une ordonnance rendue par Charles VII en avril 1453, à Montils-les-Tours, s'occupe de la réforme de la justice, et son art. 125 ordonne que toutes les coutumes, usages et styles de tous les pays du royaume soient rédigés et mis en écrit accordés par les coutumiers, praticiens et gens de chacun desdits pays, approuvés par le Grand Conseil et le Parlement. Ce travail fut activement poussé sous le règne de Louis XII et de ses successeurs, pour ne s'achever que sous le règne de Louis XIII.

En conséquence, Etats et pays durent faire connaître toutes leurs Coutumes, tant générales que locales, à peine de déchéance. Aux représentants des trois ordres, les commissaires du Roi faisaient prêter le serment en tel cas requis

1. Les Basques ont-ils vraiment possédé un droit particulier différent du droit traditionnel des populations d'origine celtique établies depuis un temps immémorial sur le sol de la Gaule? Pour notre part, nous ne le croyons pas. (*Etudes historiques*, II, p. 246.)

et accoutumé, à savoir : « Qu'en leur loyauté et conscience ils rapporteraient toute ce qu'ils avaient vu garder et observer des coutumes, cessant toute affection privée et particulière, et ayant seulement égard à ce qui est bon et commun, par le regard de ce qui véritablement a été par ci-devant tenu, gardé et observé pour coutume et de ce qui se trouverait dur, rude, rigoureux, déraisonnable, et comme tel sujet à être tempéré et amendé ou du tout corrigé, tollu ou abrogé, ils en avertiraient les commissaires selon leur conscience. » En vertu de ce serment et de l'intérêt que les Etats avaient à ce que leurs Coutumes fussent exactement rédigées, les articles en étaient successivement accordés ou discordés, et dans ce dernier cas débattus puis arrêtés par les commissaires de l'avis de la majorité des Etats, ou renvoyés à la décision du Parlement.

Mais, au préalable, des débats s'établissaient sur les comparutions elles-mêmes. Dans chaque pays, dans chaque bailiage, sénéchaussée ou autre juridiction du Royaume où la Coutume devait être rédigée, assignation était donnée aux membres des trois ordres, exempts ou non de la justice ordinaire, résidant dans le ressort actuel de la Coutume et dans les anciennes dépendances de ce ressort. Les comparants étaient admis à présenter leurs protestations et oppositions tant à raison de leurs privilèges d'exemption de la justice qu'à raison de la Coutume dont ils se déclaraient sujets simplement ou sujets, sauf les coutumes locales, ou exemptés pour le tout et régis par des textes différents. Les défaillants étaient réassignés et contraints : les ecclésiastiques par la saisie de leur temporel, les laïcs par les voies d'exécution accoutumées, et, s'ils ne comparaissaient pas avant l'approbation des Coutumes, ils étaient condamnés à être régis par elles. Ainsi, sauf quelques localités dont l'opposition ne fut jamais jugée, malgré l'avis des Parlements, le territoire de chaque Coutume se trouva ainsi exactement délimité, et c'est dans le dépouillement des procès-verbaux de rédaction officielle, que l'on voit, d'après le mot d'un auteur ¹, se dessiner peu à peu la carte de la France coutumière.

1. KLIMRATH : *Etude sur les Coutumes*.

Cependant, malgré le cérémonial prévu par l'ordonnance, il semble que la rédaction de certaines Coutumes ait été l'œuvre de comités restreints. Deux assemblées se tinrent à Bayonne à la maison commune. L'une, composée d'échevins et de prud'hommes, avait reçu la mission d'élaborer la nouvelle Coutume ou Coutume réformée de Bayonne. L'autre, convoquée ainsi que la précédente par Mondot de la Marthonie, premier président au Parlement de Bordeaux, commissaire spécialement délégué pour la rédaction des Coutumes de la sénéchaussée de Lannes ¹, se réunit le 29 octobre 1513 et s'occupa de la Coutume du pays de Labourd. A cette assemblée assistaient Louis de Monréal, bailli de Labourd, seigneur d'Urtubie, à Urrugne; Jean de Monréal, son père, seigneur de Saut, à Hasparren; Etcheverry, lieutenant du seigneur de Saint-Pé; Jean, seigneur de Sorhouet, à Ustaritz; Gaston, seigneur de Garro, à Mendionde; Pierre, seigneur de Lahet, à Sare; Jean d'Ezpeleta, seigneur d'Espelette; Jean, seigneur d'Haitce, à Ustaritz, et Martin, seigneur d'Uhalde, à Halsou (Yturbide).

Dix commissaires furent nommés, qui, avec l'aide de quelques avocats et praticiens, rédigèrent les articles de la Coutume et les firent publier. Leur travail fut soumis au Parlement de Bordeaux, qui l'approuva et le fit enregistrer le 10 mai 1514.

Le 9 juin suivant, les termes de la nouvelle Coutume de Bayonne étaient approuvés à leur tour. Pour éviter qu'il ne prît fantaisie à la municipalité de les modifier, ainsi que cela s'était vu en 1334, le dernier article de la Coutume réformée était ainsi conçu : « Le maire ou son lieutenant, les échevins et conseil de ladite ville peuvent faire statuts concernant le bien et la police de la ville et juridiction d'icelle, lesdits statuts ont force et valeur pourvu qu'ils ne soient contre les Coutumes ci-dessus insérées, le bien commun ou les droits du roi. »

1. Le ressort de la sénéchaussée de Lannes comprenait la majeure partie des Landes et de la Chalosse. Bayonne et le Labourd y furent longtemps rattachés. Les Coutumes de la sénéchaussée de Lannes étaient celles de Dax (*Acqs*), de Saint-Sever, de Bayonne, du Labourd, et des pays de Marsan, Tursan et Gabardan.

SECTION II

PAYS DE SOULE

Le pays de Soule s'étendait de part et d'autre de la vallée de la Saison, presque jusqu'au confluent de cette rivière avec le gave d'Oléron. Il comprenait en 1789 soixante-neuf paroisses, dont les six anciens bourgs royaux de Mauléon, Barcus, Tardets, Haux, Sainte-Engrâce et Larrau qui étaient administrés par des jurats et avaient une organisation à part.

La Soule fut érigée en vicomté au XI^e siècle. Elle eut pour premier vicomte Aznar, quatrième fils de Vandrégisille, comte de la marche de Gascogne sous Louis le Débonnaire. Cette famille était issue des vicomtes du Lavedan. Les vicomtes de Soule se succédèrent sans interruption jusqu'au milieu du XIII^e siècle. Ils passèrent d'assez nombreux traités d'alliance avec leurs puissants voisins, le vicomte de Béarn et le roi de Navarre. Cependant, ils ne jouissaient pas d'une indépendance absolue. Ils relevèrent du duché de Gascogne jusqu'à son annexion à la couronne de France et devaient l'hommage au roi de Navarre, mais pour le château de Mauléon seulement, « promettant de le servir de bonne foi, sans fraude, comme loyal vassal doit faire, contre tous les hommes du monde, excepté le roi d'Angleterre ». Car les rois de Navarre furent de loyaux alliés des rois d'Angleterre tant que la Gascogne demeura terre anglaise, c'est-à-dire jusqu'à 1449. Cet hommage s'accompagnait de fournitures de farine, de vin, d'une rente annuelle de dix vaches pleines et d'un certain nombre de saumons. En échange, le roi de Navarre faisait au seigneur une pension annuelle de 60 livres de *bonos sanchetes* ¹.

En 1307, Auger III, dernier vicomte de Soule, céda le pays à Louis le Hutin. Puis la Soule, possession anglaise pendant un siècle, fut administrée directement par le capitaine châtelain de Mauléon, représentant le roi d'Angleterre.

Nous avons vu que la conquête du pays de Soule par le

1. Monnaie à l'effigie de Sange le Sage, roi de Navarre.

Sire d'Albret et Gaston XI de Foix avait précédé de peu celle du Labourd (1449). Après la mort de Charles VII, Louis XI envoya des commissaires pour se faire remettre le pays. Mais ayant été appelé à servir d'arbitre dans un démêlé qui opposait les rois de Castille et d'Aragon, il laissa le pays à Gaston de Béarn, alors roi de Navarre, pour le dédommager de la *Merindad* d'Estella dont la sentence le dépouillait au profit de la Castille (1464). Dès lors, l'histoire de la Soule se confond avec celle du Béarn; mais, de ce passé d'indépendance, les institutions du pays conservaient la trace.

Comme les autres provinces basques de France, la Soule était un pays de franc-alleu, naturel et d'origine. Les concessions, comme les personnes, étaient libres, mais inégalement réparties. Cependant il existait des *cavers* ou chevaliers. Puis les plus puissants d'entre les chevaliers formèrent une classe à part et prirent le nom de *potestats*.

La base de l'administration était la communauté paroissiale. Plusieurs paroisses formaient une *dégairie* ou *vic*, et plusieurs vics une *messengerie*. Les messengeries étaient au nombre de trois: la Haute-Soule, la Basse-Soule et les Arbailles.

Les Etats, dont l'origine était très ancienne, se composaient de députés des trois ordres. Le clergé était représenté par l'évêque d'Oloron, l'abbé de Sainte-Engrâce, le commandeur d'Ordarp et le prieur de Pagolle. La noblesse déléguait les dix podestats et quarante-six gentilshommes. Le tiers état comprenait tous les Souletins représentés par les dégans et les jurats des bourgs royaux. Dans l'intervalle des sessions, un syndic représentait les deux premiers ordres, et un autre le troisième ¹.

Le clergé et la noblesse délibéraient ensemble et arrêtaient leur vote, qui était transmis aux représentants du tiers. Ce vote était soumis à l'assemblée générale des jurats et dégans qui se prononçaient à leur tour, et la volonté du peuple, ainsi connue, était portée à la connaissance d'une troisième assemblée qui, elle, était commune aux trois ordres et se tenait dans les bois de Libarrenx et plus tard à Mauléon.

1. NOGARET, *op. cit.*, p. 44.

En 1730, cette organisation fut modifiée : le tiers nomma trois députés investis de pleins pouvoirs et les trois ordres délibérèrent en commun. Il est vrai qu'à cette époque les Etats avaient perdu certaines de leurs attributions.

Les chefs de communauté, jurats et dégaus possédaient quelques attributions judiciaires; les bourgs de Barcus, Mauléon, Larrau, la baronnie de Montory et la seigneurie de Troisville avaient leurs justices particulières. Au-dessus de ces juridictions siégeait la cour de Licharre, l'ancienne cour du vicomte. Elle était, nominalement du moins, présidée par le châtelain de Mauléon, assisté d'un lieutenant en robe longue et de dix potestats. On allait en appel au Parlement de Toulouse; plus tard on alla à celui de Pau.

Terre de franc-allevu, la Soule était, de plus, exempte de taille et d'impôts en vertu de lettres patentes de novembre 1643, d'un arrêt du Conseil du 21 juin 1729 et de lettres patentes du 21 juillet suivant confirmant ses anciens privilèges. Elle dut cependant participer, nonobstant ces exemptions, à l'acquit des lourdes dépenses qui marquèrent la fin des règnes de Louis XV et de Louis XVI. Des impôts nouveaux étaient créés, des contributions exceptionnelles demandées. Les cahiers de 1789 expriment les doléances du tiers, qui sollicite l'allègement de toutes les taxes dont la province se trouve surchargée. Ils rappellent que cette dernière n'a accepté la suppression de sa juridiction locale et son rattachement au Parlement de Navarre, qu'à la condition qu'elle serait maintenue en ses coutumes et privilèges. Ils protestent contre le trop grand nombre de voyers et d'ingénieurs qui vivent sur le pays « dans le dessein de construire vers Bayonne une route inutile... »



Les Coutumes générales du pays et vicomté de Soule furent publiées et accordées par devant M^e Jean Dibarrola, conseiller au Parlement de Bordeaux et commissaire départi en la vicomté. L'intitulé desdites Coutumes nous apprend que les articles en furent débattus par l'assemblée générale des trois

ordres le 7 octobre 1520 et les jours suivants. Quoiqu'ayant subi, pour une grande part, l'influence des textes labourdins, antérieurs de quelques années seulement, la Coutume de Soule nous paraît être celle qui reflète le mieux l'esprit de la législation ancienne des Basques, ainsi que nous aurons l'occasion de le constater à maintes reprises, notamment en matière de régime matrimonial.

La Coutume de Soule nous est connue dans tous ses détails d'application grâce à l'important commentaire manuscrit que nous en a laissé le juge Jacques de Bela, aïeul ou grand'oncle du chevalier de Bela qui organisa au XVIII^e siècle le régime de Royal-Cantabre et écrivit une histoire des Basques demeurée manuscrite. Le commentaire est une œuvre importante, qui, bien que remplie de digressions inutiles et de superstitions ridicules, a une valeur juridique réelle. Nous nous y référeront souvent au cours de notre étude.

SECTION III

HAUTE-NAVARRRE

Les origines de la Navarre, en tant que royaume indépendant, sont obscures. Pour certains auteurs, trois cents chevaliers, réunis au début du VIII^e siècle aux environs de Jaca, auraient acclamé Garcia Jimenez pour leur roi et, l'ayant mis à leur tête, auraient battu les Maures à Ainsa. Ce fait d'armes se serait accompagné d'une manifestation surnaturelle : une croix de sang serait apparue au chef vainqueur sur le faite d'une colline (*sobre la sierra de Arbe*) ou sur la cime d'un arbre (*sobre el arbol*) : d'où le nom de *Sobrarbe* donné tout d'abord à ce nouveau royaume chrétien. Après avoir élu leur chef, les chevaliers convinrent qu'il s'engagerait à les maintenir en justice et en paix, et à améliorer leurs Fors dans la mesure du nécessaire. Cet événement serait à la base de la liberté politique dont jouissaient les Navarrais et de cette idée que le souverain n'était en Navarre que l'élu et le mandataire de ses sujets. Les biens pris aux Maures devaient être répartis, non seulement entre les gentils-hommes de vieille noblesse (*ricohombres*), mais entre tous

les nobles sans exception, sans que les étrangers au pays puissent prétendre à aucune part. Le roi ne pourrait rendre la justice sans l'assistance d'un conseil composé d'un certain nombre de vassaux. Il ne pourrait ni déclarer la guerre, ni signer pacte ou trêve sans le consentement des *ricohombres*; enfin, quand le roi serait étranger au pays, il ne devrait pas employer à son service plus de cinq compatriotes.

Tel serait, en peu de mots, l'origine et le contenu primitif du Fuero de Sobrarbe. Ses dispositions, exclusivement consacrées au droit public, faisaient du roi de Sobrarbe, au temps où les royaumes de Navarre et d'Aragon n'existaient pas encore, le premier souverain constitutionnel d'Europe. Tous les auteurs sont à peu près d'accord pour admettre l'existence de ce très ancien For; seuls les avis diffèrent quant à sa date et aux circonstances de son apparition¹. Il constitue, à n'en pas douter, le point de départ de toute la législation forale aragonaise et navarraise, à commencer par les vieux fors que Sanche Ramirez et Alphonse le Batailleur octroyèrent à Jaca et à Tudèle en 1062.

Les premiers rois de Navarre, qui portaient également le titre de rois de Sobrarbe, furent donc choisis pour accomplir une mission guerrière, et s'en acquittèrent vaillamment. Les Navarrais n'eurent pas seulement à combattre les Arabes, mais encore les Aragonais et les Castellans. La lutte contre les Musulmans dura des siècles, la lutte contre les voisins ne finit qu'avec le royaume de Navarre.

Après avoir libéré le sol de leur pays, les rois Sanche le Grand, Sanche le Noble, Sanche le Sage, Sanche le Fort, Sanche le Trembleur, Alphonse le Batailleur s'en allèrent attaquer le musulman en Andalousie et sous les murs de Cordoue. Ces expéditions eurent un retentissement considérable dans la chrétienté et le monde musulman.

1. Yanguas a découvert un vieux préambule du Fuero de Sobrarbe dont la version est un peu différente. Il explique que l'Espagne, lors de l'invasion arabe, se perdit presque complètement (*de mar a mar*). Dans les montagnes de Sobrarbe (?) et d'Ainsa se réunirent quelque trois cents chevaliers. Ils attaquèrent les Maures et les mirent en déroute. Mais quand vint l'heure de partager le butin, la discorde se mit entre eux. Alors quelques-uns allèrent à Rome consulter le pape Hildebrand, d'autres demandèrent avis aux chevaliers français et lombards, qui tous leur donnèrent conseil d'élire un roi qui les mit d'accord. Ce qu'ils firent, élisant Don Pelayo (?).

Après l'extinction de la première race de rois espagnols, au décès sans enfants de Sanche VII le Fort survenu en 1234, la couronne fut transmise par héritage à des princes d'origine française. Elle passa successivement à la maison de Champagne, à la maison royale de France, à la maison d'Evreux et enfin à celles de Foix, d'Albret et de Bourbon.

Thibaud I^{er}, roi de Navarre et comte de Champagne (c'était le neveu de Sanche VII), s'est fait connaître par ses chansons plus que par ses exploits, et Thibaud II s'est rendu plus célèbre en accompagnant saint Louis à la Croisade qu'en administrant son royaume. Cependant, ces princes français firent faire des progrès à la civilisation navarraise en important dans leurs nouveaux Etats les idées et les institutions de leurs seigneuries patrimoniales.

Aux comtes de Champagne succédèrent plusieurs de nos souverains : Philippe IV le Bel ¹, Louis le Hutin, Philippe le Long, Charles le Bel. Ils portèrent le double titre de rois de France et de Navarre qu'Henri IV devait un jour relever et transmettre à ses descendants.

Les comtes d'Evreux héritèrent du sceptre navarrais dévolu à Jeanne, fille de Louis X le Hutin, qui avait épousé, en 1317, Philippe III le Noble, comte d'Evreux et d'Angoulême. Elle fonda une dynastie, largement soumise à l'influence française, et qui régna sur la Navarre pendant tout le cours du XIV^e siècle. Son fils Charles le Mauvais s'allia successivement avec les rois de France et d'Angleterre ; ses crimes le rendirent tristement célèbre.

A cette dynastie succéda celle des princes de Foix, de par le mariage d'Eléonor de Navarre avec Gaston de Foix (1479). A la mort de leur petit-fils, Gaston Phébus, sa sœur Catherine hérita du royaume. Elle épousa Jean d'Albret, prince souverain du Béarn. Ils devaient régner de 1483 à 1512.

Le roi de Castille ne voyait pas sans inquiétudes le roi de France se rapprocher des Pyrénées et des princes français se succéder sur le trône de Navarre. Si une occasion se présentait, il convenait de la mettre à profit pour étendre

1. Par son mariage avec Blanche, comtesse de Champagne et reine de Navarre.

jusqu'à cette partie des Pyrénées Occidentales les limites de ses Etats. D'autant mieux qu'il existait en Navarre de riches terres à blé...

Cette occasion, la politique allait la lui fournir.



Le pape Jules II, voulant se débarrasser des Français dont l'activité en Italie contrariait les desseins, avait formé contre eux la Sainte-Ligue à laquelle adhèrent entre autres Ferdinand roi de Castille et son gendre Henri VIII, roi d'Angleterre¹. Comme ces deux souverains voulaient, l'un s'emparer de la Navarre, l'autre reprendre la Guyenne, ils se concertèrent pour attaquer leurs ennemis par une action combinée. Les Anglais devaient débarquer près de Saint-Sébastien et gagner directement notre frontière. Les Espagnols devaient entrer en Navarre, passer Roncevaux, pénétrer dans le Labourd et y rejoindre les Anglais. Ceux-ci débarquèrent à Pasajes le 28 juin 1512 et franchirent la Bidassoa. Mais Ferdinand de Castille tardant à attaquer, les Anglais repassèrent la frontière et se réembarquèrent.

Le duc d'Albe² entre alors en Navarre à la tête des Castillans. Il marche sur Pampelune, s'en empare, occupe Roncevaux et Saint-Jean-Pied-de-Port et envoie ses avant-gardes prendre possession d'Hasparren (septembre 1512).

Jean d'Albret, réfugié en Béarn, ramasse ses troupes et les rassemble à Sauveterre où se forme une armée de dix mille hommes. Deux corps français de l'appuyer, l'un réuni à Ustaritz sous les ordres du vicomte de Lautrec, et l'autre à Peyrehorade sous le commandement du duc de Longueville et du dauphin fils de Louis XII (le futur François I^{er}). Quand ses troupes furent réunies, Jean d'Albret pénètre en Navarre par la vallée de Roncal de façon à prendre à revers le duc d'Albe. Celui-ci bat en retraite et regagne Pampe-

1. Par sa femme Catherine d'Aragon, qui fut répudiée parce que « trop sévère ».

2. Frédéric de Tolède, duc d'Albe en Castille, grand-père de Ferdinand Alvarez de Tolède, le célèbre duc d'Albe, vice-roi de Naples et gouverneur des Pays-Bas sous Charles-Quint.

lune. Jean d'Albret met le siège devant son ancienne capitale; mais, mal soutenu par les Français, qui, au lieu de l'appuyer, s'en vont faire une inopportune diversion en Guipuzcoa, il doit battre en retraite à son tour. Ces échecs engagent Louis XII à suspendre les hostilités. Ferdinand de Castille, maître de la plus grande partie de la Navarre, le désirait aussi. Une trêve fut conclue le 1^{er} avril 1513, au château d'Urtubie, entre Lautrec, représentant le roi de France, et Jaime de Conchillos, évêque de Lérída, pour le roi de Castille. (MORET: *Annales*, V, p. 280.)

En 1521, Henri d'Albret, fils de Jean et de Catherine, tenta vainement de reconquérir le royaume de ses pères. Mais son lieutenant, André de Foix, se fit battre à Noain, près de Pampelune, et se vit forcer d'évacuer la Haute-Navarre.

En en faisant la conquête, Ferdinand VII avait déclaré n'agir que pour soustraire des populations catholiques au joug de souverains hérétiques. Mais il faut croire que ce dépôt était bon à garder. Ses successeurs, Charles-Quint et Philippe II, conservèrent la Haute-Navarre comme des champions de la foi catholique, à l'encontre des d'Albret et des Bourbons de Navarre, protestants. Cette considération apaisait les scrupules que pouvait leur laisser le coup de force de 1512¹.

Ainsi prenait fin l'histoire du royaume indépendant de Navarre. Désormais son destin se trouvait lié pour une part au sort de l'Espagne et pour l'autre (Basse-Navarre) à celui de la France.

*
**

La Haute-Navarre, unie à la Castille comme le furent l'Aragon, la Catalogne et Valence², conserva ses Fors politiques, civils et administratifs. Il n'était possible de les modifier que du consentement des Cortés, véritable Assemblée légis-

1. Les auteurs espagnols parlent volontiers de « l'intervention armée, au titre des droits de famille (?) », de Ferdinand d'Aragon, régent de Castille. Il venait de perdre sa femme, Isabelle la Catholique.

2. L'incorporation de la Navarre à la Castille fut ratifiée en 1515 par un vote des Cortés de Burgos, ce qui tendrait à prouver que les rois de Castille avaient bien l'intention de conserver leur conquête.

lative. La faculté de convoquer les Cortés appartenait au Roi, et en son nom au vice-Roi; et les formules employées sont bien curieuses, car elles varient suivant la qualité des personnes requises. Avec les nobles et les ecclésiastiques, on se montre d'une extrême courtoisie, témoin ce langage tenu en 1534 par le vice-Roi, marquis de Cañete : « En conséquence, nous vous demandons, Monsieur, par insigne grâce, de venir en cette ville au jour fixé, ouïr en ladite Assemblée, y délibérer et faire connaître votre sentiment, aux fins de commune décision »¹. Les représentants des Universités² sont traités avec plus de hauteur : on les invite simplement à déléguer leurs députés.

Un serment du vice-Roi précédait l'exposé des griefs (*agrazos*) que l'Assemblée pouvait avoir à invoquer depuis la précédente session. La formule en avait été arrêtée par l'empereur Charles V dans l'ordonnance de Monzon, du 5 octobre 1552. Nous la trouvons notamment employée par le vice-roi, marquis d'Almazan, aux Cortés de 1580. Il y est dit : « En vertu de mon pouvoir de convoquer les Cortés générales, tels qu'il a été présenté aux Etats qui se trouvent réunis en cette ville de . . . et au nom de Sa Majesté, en ma qualité de vice-roi et de capitaine général, je jure sur la croix et les saints Evangiles que je vénère³, que Sa Majesté gardera, observera et maintiendra dans le présent et pour l'avenir et sans aucune interruption tous vos Fors, lois, ordonnances, usages et coutumes, franchises, exemptions, libertés, privilèges et offices, qu'il ne pourra que développer et non restreindre (*amejorando y no apearando en todo ni en parte*). »

Tant que dura la monarchie navarraise, et particulièrement au XV^e siècle, les sessions furent annuelles, car les Cortés

1. « Por ende pidoos, señor, de singular gracia, que para el dicho dia vengais à esta ciudad a entender en las dichas Cortés, platicar y concluir en aquellas, loque por todos fuere acordado. »

2. Dans les provinces basques, le mot « Université » ne désigne pas seulement une réunion de maîtres et d'étudiants, mais aussi l'ensemble des habitants d'une même vallée ayant vécu autrefois dans un état de quasi-indépendance. C'est ainsi qu'en Navarre, l'Université de Baztan groupait tous les habitants de la vallée supérieure de la Bidassoa, rivière qui porte le nom de Baztan jusqu'à son entrée dans la province de Guipuzcoa, au pont d'Enderlaza. L'*universidad* était une subdivision administrative de la *Merindad*.

3. « por mi manualmente tocados y reverencialmente adorados... »

étaient appelées à autoriser la perception des impôts, ainsi qu'il résulte de la pétition n° 50 des vieilles ordonnances, et ainsi que Charles V le prescrit en 1527, prescription confirmée par différentes résolutions des Cortés de Tudèle en 1765, de Pampelune en 1572. Plus tard, cependant, les sessions s'espacent : elles n'ont plus lieu que tous les deux ans puis tous les six ans ; ce délai est celui du Cahier législatif (loi 35) élaboré en 1695 aux Cortés de Corella. Il demeura tel jusqu'à la disparition des Cortés de Navarre, en 1829. Dans l'intervalle des sessions les Cortés étaient représentées par une députation permanente ¹.

On s'est plu à rapprocher le serment prêté à chaque session par le vice-Roi de celui que les Cortés exigeaient primitivement des princes héritiers, qui, dès leur avènement, devaient se rendre à Pampelune pour y recevoir le serment de fidélité et pour s'engager eux-mêmes : 1° à garder et observer les Fueros, lois, ordonnances, coutumes, franchises, exemptions, privilèges et offices ; 2° à les maintenir s'ils accédaient à la couronne, nonobstant l'union éventuelle du royaume de Navarre avec un autre Etat, le royaume devant garder ses Fors particuliers ; 3° à les développer et non à les restreindre ; 4° à relever les offenses et à combattre les illégalités ; 5° à ne pas battre monnaie sans le consentement des trois ordres (*de los tres brazos*) ; 6° à ne donner des biens et ne conférer charges ou offices qu'à des naturels habitant le royaume (entendant

1. En 1810, la Navarre envoya des députés aux Cortés de Cadix, renonçant ainsi à son autonomie parlementaire. La raison qui motivait cette attitude était d'importance : il s'agissait de l'élaboration d'une nouvelle constitution dont les rédacteurs s'inspiraient pour une grande part des idées françaises, entre autres le mathématicien Ciscar, qui avait collaboré avec les géomètres français à la mesure du méridien et fait partie de la commission instituée par la Convention pour l'établissement du système métrique. Animés d'un même esprit de résistance à l'invasion napoléonienne, les privilégiés de tout genre, clergé, noblesse, Navarre et provinces basques, ne furent pas les derniers à accepter une Constitution qui détruisait leurs prérogatives. Mais ce bel élan patriotique ne dura point et la réaction de Ferdinand VII ne rencontra nul obstacle. Le particularisme local reprit le dessus ; Navarrais et Biscayens lièrent le rétablissement de leurs privilèges à celui du pouvoir absolu et la révolution de 1820 les confirma dans ce sentiment. Ainsi, peu à peu, pénétra dans les esprits cette conviction que l'existence des libertés provinciales était attachée à la conservation de l'autorité souveraine du Roi et menacée par toute tendance progressiste au sein du gouvernement, par toute innovation dans sa forme. La généralisation de cet état d'esprit permet de comprendre l'attitude prise par les habitants des provinces basques devant les événements politiques qui se sont succédé dans la péninsule depuis le début du XIX^e siècle.

par là les enfants nés de parents résidant en Navarre) ; 7° à ne confier la garde des places fortes du royaume qu'à des gentilshommes navarrais, naturels du pays où y demeurant, et enfin, 8° à renouveler ce serment à l'époque de leur couronnement s'ils devaient survivre au roi régnant. Ce serment préalable n'est pas pour nous étonner, car nous savons que chez nous les premiers Capétiens firent reconnaître de leur vivant leurs fils pour successeurs ; il est donc normal de voir les héritiers du trône de Navarre recevoir à leur majorité le serment de fidélité en échange de leur promesse de garder leurs sujets en leurs Fors et libertés.

La compétence des Cortés était générale ; elles pouvaient légiférer en toutes matières. Il semble, d'après les textes que nous avons sous les yeux, qu'elles aient eu l'initiative de proposer des réformes aux lois civiles existantes sans que nous puissions affirmer que cette initiative leur appartînt exclusivement. Les trois ordres se mettaient d'accord sur l'opportunité de la réforme dont adoption était sollicitée du souverain : c'était le *pedimiento de ley*. Généralement, le Roi promulguait la loi proposée, souvent sans rien changer au texte qui lui était soumis, parfois aussi en le modifiant, de manière à en préciser l'étendue et la portée : c'était le *decreto*.

Après l'exposé de ces quelques considérations d'ordre historique, il convient d'indiquer quelles sont les sources du droit privé dans le pays qui nous occupe.



Le *Fuero General* de Navarre est le recueil le plus ancien (si l'on excepte l'insuffisant *Fuero de Sobrarbe*). Ce sont les Cortés d'Estella de 1235 et le roi Thibaud I^{er}, comte de Champagne, qui auraient pris l'initiative de sa confection afin de mettre un peu d'ordre dans les pratiques coutumières suivies jusqu'alors. Ce *Fuero General* aurait été promulgué en 1237¹.

1. Telle est, du moins, l'opinion soutenue par l'historien Moret. Ilarregui est du même avis, en ce sens que lui aussi considère le *Fuero Général* comme le point de départ de la législation forale en Navarre. Mais il en reporte la promulgation au règne de Thibaud II, oubliant que ce monarque avait juré d'observer ledit For

B. de Lagrèze nous apprend qu'il n'exista longtemps aucun texte officiel de ce vieux Fuero. Il en fut fait de nombreuses copies dont les termes ne concordent pas toujours très exactement. Les manuscrits les plus célèbres se trouveraient, paraît-il, à l'Escurial, au grand collège d'Alcala et à la Chambre des comptes de Pampelune. C'est ce dernier qui a servi de base à la publication faite par les soins de la *Diputacion* de Navarre et qui paraît constituer actuellement l'édition officielle la plus récente. C'est à celle-là que correspondent nos références.

D'après Manuel Abad y Lesierra, le collège de Foix, à Toulouse, possédait aussi un antique exemplaire du Fuero. Les manuscrits du collège de Foix furent achetés pour le compte de Colbert et versés à la Bibliothèque Nationale de Paris. Cependant, le manuscrit du Fuero de Navarre ne s'y trouve pas. Un exemplaire sur vélin dudit Fuero que B. de Lagrèze identifie avec celui du collège de Foix, cité par Marca dans son *Histoire du Béarn* aurait appartenu à un érudit béarnais, M. Barthéty.

Le Fuero general comprend six livres et les questions qui y sont traitées, quoique bien distinctes les unes des autres, le sont sans grande méthode. Le premier livre est consacré au Roi et aux grands dignitaires de la couronne; le second aux jugements¹; le troisième aux matières ecclésiastiques; le quatrième aux mariages (sans doute parce que le mariage se célèbre devant l'église); le cinquième s'occupe des délits et des peines, et le sixième des obligations civiles dont l'observation était garantie par des sanctions pénales prévues au livre précédent.

Cette antique législation pouvait être, sinon réformée, tout

dans le serment qu'il prêta lors de son sacre. D'après Yanguas, le Fuero General serait antérieur; il n'aurait pu être rédigé qu'au temps où les royaumes de Navarre, d'Aragon et de Sobrarbe vivaient unis sous un sceptre commun, sous Alphonse le Batailleur qui concéda le Fuero de Sobrarbe à Tudèle en 1117. Ce dernier For ne serait autre chose que l'adaptation du For Général aux coutumes locales. Thèse erronée, d'après Champion. Le For de Sobrarbe (?) est bien antérieur au Fuero General dont la promulgation est certainement le fait de l'un des deux Thibaud. On relève dans le Fuero General des influences étrangères: ainsi, la disposition qui autorise la saisie du cadavre du débiteur paraît imputable à l'influence du droit germanique.

1. Ainsi que le fait remarquer Alonso, la cause devant précéder l'effet, il eut été plus logique de traiter d'abord des droits et actions dont l'exercice donne naissance aux procès.

au moins « améliorée ». Des améliorations notables, que l'on retrouve généralement annexées aux éditions successives du *Fuero*, furent introduites en 1330 par Philippe d'Evreux. Elles furent rééditées en 1815. Philippe III réalisa une utile réforme en élevant à l'âge de la puberté la majorité légale de ses sujets, antérieurement fixée à sept ans !

Charles III, en 1418, fit aussi un « *Amejoramiento* » et ordonna de l'insérer dans le *For* antique. Mais sa volonté ne fut pas observée. Ce n'est pas que ses intentions ne fussent pas bonnes, mais il voulait réformer les mœurs, tâche ingrate, surtout à son époque. Il voulait assimiler, sous le rapport des charges et de l'impôt, les *barraganes* (v. *infra*, chap. VI) aux femmes mariées. Il déclarait les veufs déchus de leur droit d'usufruit légal lorsqu'ils entretenaient chez eux une concubine, les assimilant en cela aux veufs remariés (v. *infra*, chap. XXI). Ce projet de réforme fit scandale.

Jean et Catherine d'Albret¹ gouvernaient leur royaume avec une grande sagesse et des idées avancées pour l'époque. Ils furent bons et aimés de tous, dit d'eux le prince de Viane dans sa chronique. Comprenant les inconvénients qui naissaient de l'existence de lois diverses, souvent confuses et contradictoires (car, depuis l'*Amejoramiento* de Philippe III, les Cortés avaient fait promulguer un très grand nombre de lois), ils avaient ordonné la rédaction d'un Code général et unique et désigné des hommes capables de prendre, parmi toutes ces dispositions, ce qui était bon, « de laisser ce qui ne l'était pas, d'ajouter ce qui pouvait paraître nécessaire, d'expliquer ce qu'il y aurait d'obscur ».

Ce travail de codification fut interrompu par l'entrée en Navarre des troupes castillanes. Jean d'Albret garda à ses sujets fidèles leurs vieux *Fors*.

L'œuvre fut reprise. D'abord en 1525 par Charles V, qui songeait à assimiler la Navarre à ses autres possessions. Un *For* réduit fut rédigé, assez laborieusement, mais ne parvint pas à obtenir la sanction royale. Les Cortés et Philippe IV procédèrent en 1685 à une révision assez approfondie, procédant surtout par voie de suppression. C'est de cette époque

1. Les Espagnols appelaient Jean d'Albret, « Juan Labrit », parce que les d'Albret étaient originaires de Labrit, dans les Landes.

que date le premier texte légal et imprimé du *Fuero General*, mais le prologue, qui sonnait mal aux oreilles d'un roi absolu, ne fut pas inséré. Certaines dispositions, qui paraissaient barbares ou peu décentes (*infra*, chap. v), disparurent également.

Des lois très nombreuses avaient vu le jour et demeuraient en dehors du For. Les rois confièrent à différents juristes le soin de les réunir et de les mettre en ordre. En 1562, ce fut la « Compilation des lois, ordonnances, actes et cédules du royaume de Navarre, avec les arrêts rendus jusqu'en 1556 », œuvre de Pedro Pasquier. En 1688, les Cortés d'Olite accordèrent leur parrainage au recueil de *Fueros* et à la Nouvelle Compilation d'Antonio Chavier. Chaque village fut invité à s'en procurer un exemplaire, et cette diffusion valut à l'ouvrage une grande notoriété.

Enfin, en 1735 parut la toute dernière compilation des lois navarraises adoptées aux Cortés générales de 1512 à 1716. Ce *corpus*, œuvre du « licencié » Joaquin Elizondo, témoigne d'un certain souci de méthode que l'on chercherait en vain dans le *Fuero General* et dans certaines compilations antérieures. Lui aussi est divisé en livres, titres et articles, qui ne remplacent pas les dispositions du *Fuero*, mais les complètent. *Fuero General* et *Novísima Recopilación* constituent les deux sources principales de l'ancien droit haut-navarrais ¹.

En dehors de ces textes, il faut encore citer comme sources du droit indigène les cahiers des Cortés (*cuadernos de las Cortés*) contenant toutes les lois adoptées et promulguées de 1716 à 1841. Celles-ci demeurent en vigueur tant qu'il n'y est pas expressément dérogé. Nous savons qu'en 1810 les Cortés de Navarre ne se réunirent pas et envoyèrent des représentants aux assises nationales de Cadix. Elles se tinrent à nouveau de 1817 à 1829, époque à laquelle elles disparurent complètement pour faire place aux *députations provinciales*. Enfin, une loi du 16 août 1841 vint énumérer les matières dont la connaissance était enlevée aux députations provinciales pour être réservées au gouvernement central.

1. La *Novísima Recopilación* est un recueil indispensable à consulter quand on traite du droit navarrais. Nous nous y référerons en le citant sous ses initiales : N. R.

Parmi celles-ci figure la législation civile. L'art. 2 de la même loi prévoyait la rédaction de Codes généraux qui ménageraient le particularisme juridique des différentes provinces.

Ces lois se sont succédé depuis : loi sur la procédure civile, Code pénal, Code commerce, Code civil, loi sur les hypothèques.

On a beaucoup discuté autour de la détermination du droit qui devait être suivi en Navarre à titre supplétif. La plupart des auteurs ont soutenu, suivant en cela la pratique coutumière, que ce devait être le droit romain dit *droit commun*. Historiquement, il en avait toujours été ainsi depuis l'occupation romaine, et le droit castillan lui-même, qui s'efforce de concilier la liberté individuelle et la protection des organismes sociaux (famille), apparaît comme fortement imprégné de l'esprit du droit romain. Les quelques doutes qui ont pu s'élever tiennent à la rédaction un peu obscure du *pedimiento* n° 9 des cahiers des Cortés de Pampelune de 1576 (loi 1, tit. III, lib. I de la *N. R.*) : « Nous supplions V. M. d'ordonner que, pour trancher les litiges, et en cas d'insuffisance ou d'obscurité des Fors et lois du royaume, on fasse appel au *droit commun*, ainsi qu'on l'a toujours fait. » Cet *in fine* nous paraît indiquer clairement qu'il ne saurait s'agir du droit castillan qui, en 1576, n'aurait pu être appliqué en Navarre que depuis soixante-quatre ans, et non depuis toujours.

En dehors des textes indigènes, antérieurs et postérieurs à 1735, sont applicables toutes les lois de caractère général postérieures à 1841, ainsi que toutes les dispositions du Code civil général de 1889, dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux institutions coutumières provinciales.

Le droit civil navarrais est donc actuellement constitué :

1° par le titre préliminaire (except. l'art. 13) et par l'art. 4, liv. I du Code civil;

2° par toutes les lois votées depuis le début du XIX^e siècle aux Cortés générales et par les dispositions du Code qui les ont remplacées;

3° par les lois locales postérieures à la *N. R.* de Navarre;

4° par la *Novísima Recopilación* elle-même;

5° par le *Fuero General* et ses *Amejoramientos*;

6° par le droit romain, en tant que droit supplétif de premier degré;

7° par la loi *des parties* comme droit auxiliaire de second degré;

8° par le Code civil à titre de droit supplétif de troisième degré.

Nombre d'institutions de l'ancien droit privé navarrais, entre autres l'usufruit du conjoint survivant, la légitime des cadets et la liberté absolue de tester sont demeurées vivaces jusqu'à nos jours. Nous les examinerons en leur lieu et place au cours des chapitres qui suivront.

Mais il convient, avant de clore cette section, de rendre hommage aux travaux des commentateurs auxquels nous nous sommes souvent référé.

José Alonso, juriste et homme politique navarrais, accéda aux fonctions de procureur, puis de président au Tribunal suprême. Son commentaire des Fors et lois de Navarre (1848) est une œuvre des plus sérieuses à laquelle ont recours tous les praticiens, magistrats et hommes de loi.

Don José Yanguas y Miranda, archiviste de la *Diputación*, à Pampelune, a composé un « Dictionnaire des Fors du royaume de Navarre » qui révèle mainte particularité juridique et donne le sens de certains termes désuets des vieux Fors, presque inintelligibles pour l'espagnol moderne (1828).

Antonio Morales y Gomez, doyen de l'ordre des avocats de Pampelune, fut chargé par le gouvernement de se faire l'interprète de ses concitoyens et d'indiquer, en face de chacune des dispositions du Code projeté, quel était sur ce point l'état du droit en Navarre et quelles étaient les institutions dont le maintien s'avérait souhaitable. Un travail analogue fut fourni par d'autres juristes représentant les provinces à législations particulières : les provinces basques, la Galice, l'Aragon, la Catalogne, Valence, les îles Baléares. Ces auteurs eurent voix délibérative au sein de la Commission constituée pour l'élaboration du nouveau Code. Morales se montra le défenseur résolu de la plupart des institutions de son pays d'origine (1884).

Enfin, à la veille de la publication du Code civil (1888), D. Francisco J. Castejón, professeur à la Faculté de droit

de Madrid et député de la Navarre aux Cortés, publia un ouvrage en deux volumes sur le droit civil en vigueur en Navarre. La haute autorité de l'auteur permit à ses mandants de conserver la presque intégrité de leur législation coutumière.

SECTION IV

BASSE-NAVARRRE

Demeurés sous le sceptre de leurs souverains légitimes, les Navarrais de l'*Ultrapuertos*¹ vivaient toujours sous le régime du *Fuero General* et des lois des Cortés postérieures à 1235. Le travail de codification entrepris par Jean d'Albret étant resté en suspens, la nécessité de procéder à une rédaction nouvelle des Coutumes se faisait d'autant plus impérieuse que des relations plus nombreuses que par le passé allaient s'établir entre les gens de la Basse-Navarre et leurs voisins immédiats, Basques français et Béarnais, dont les Fors et coutumes avaient le même air de famille.

Il apparaît, à lire le préambule du nouveau For de Basse-Navarre (lettres patentes d'avril 1611), que les gens des Etats, sous le règne d'Henri IV et à une date que nous ignorons, auraient rédigé quelques articles de leurs Coutumes et demandé au Roi de les autoriser. Mais celui-ci n'admit pas cette procédure, et le travail des Etats bas-navarrais ne fut pas approuvé² sous prétexte que l'Assemblée s'était réunie sans autorisation du roi. Henri IV, cependant, reconnut la nécessité de procéder à une nouvelle rédaction du For, et, le 14 mars 1608, il confia ce travail à des spécialistes.

Le projet fut soumis aux Etats, qui s'élevèrent contre l'exclusion de certaines dispositions qui les avaient régis de temps immémorial. Le Roi fit quelques concessions, assez peu semble-t-il, et promulgua par lettres d'avril 1611 le texte

1. La Basse-Navarre, que Ferdinand d'Aragon avait spontanément évacuée, après l'avoir occupée en 1512. L'*Ultrapuertos* était l'une des six *merindades* ou circonscriptions administratives de l'ancien royaume de Navarre.

2. Aux Etats de Basse-Navarre, les trois ordres délibéraient en commun. Pour tout ce qui concernait l'administration du pays, les représentants des municipalités jouissaient du droit de veto, même si la noblesse et le clergé étaient unanimes.

définitif, rédigé en patois béarnais et comprenant quatre cent cinquante articles. B. de Lagrèze nous dit (*op. cit.*, p. 19-20) que les Etats ne cessèrent pas de protester, mais cette assertion paraît à M. Olivier Martin peu fondée ¹ comme ayant sa source dans les dires d'un auteur quelque peu sujet à caution ². Il est certain que nous pouvons relever dans les *Coutumes de Navarre deça portz* et dans le *Fuero General* certaines analogies, et le nouveau texte, si imparfait qu'il pût être constituait un progrès marqué par rapport à l'incertitude qui existait auparavant. Nous remarquons que les Fors de 1611, à la différence des recueils de cet ordre, ne comportent pour ainsi dire pas de dispositions de droit public: on sait que les monarques n'aimaient pas les textes d'allure constitutionnelle qui eussent pu fournir des armes contre leur autorité ou mettre obstacle à l'accomplissement de certaines réformes.

Cette réforme était l'union de la Basse-Navarre à la couronne de France, projetée par Henri IV à la fin de sa vie, et que devait réaliser Louis XIII.

Le préambule de l'édit d'union, d'octobre 1620 ³, invoquait la situation singulièrement exposée, aux extrémités du royaume, de la Navarre et du Béarn, l'intention manifestée par Henri IV, le souci d'éviter une dévolution distincte qui aurait pu être dangereuse si le Roi était mort sans héritiers mâles. L'incorporation était prononcée « sans néanmoins déroger aux Fors, franchises, libertés, privilèges et droits appartenant à nos sujets dudit Royaume, que nous voulons leur être inviolablement gardés et entretenus, n'y dérogeant sinon en tant qu'il serait besoin pour l'effet des présentes ». L'édit unissait, d'autre part, l'ancienne Chancellerie de Saint-Palais au Conseil souverain de Pau, et la nouvelle justice souveraine, ainsi créée, se voyait adjoindre le pays de Soule, détaché du ressort de Bordeaux. Les actes de la juridiction nouvelle devaient être expédiés en langage français, et son personnel serait mixte, appartenant pour partie à la religion réformée.

1. *Réunion de la Basse Navarre à la Couronne de France* (Madrid, in-8°, 1932).

2. POLVEREL: *Mémoire à consulter*.

3. Il est publié dans le *Recueil général d'édits et de déclarations concernant la justice*, de 1607 à 1716 (à Pau, chez J. Dupoux; Bibl. mun. de Pau).

L'édit fut soumis le 30 octobre à la Chancellerie de Navarre. Le syndic des Etats, qui pouvait conclure au nom du pays, s'opposa à l'enregistrement. Les juges approuvèrent unanimement l'union à la couronne, mais ne purent se mettre d'accord pour enregistrer l'union des deux justices. Un arrêt de partage fut rendu, et, comme le Conseil du Roi devenait compétent, les Etats de Navarre, réunis en novembre en l'église Saint-Paul, à Saint-Palais, dressèrent des remontrances et envoyèrent des députés au Roi pour lui demander la révocation de son édit.

Contre l'union des justices, les Navarrais invoquent le privilège, dont ils ont toujours joui, d'être jugés par des juges du pays; l'inimitié qui les sépare des Béarnais, à cause de la différence des religions, la difficulté de trouver à Pau, pour leurs procès, des interprètes connaissant le basque (ce dernier grief n'avait aucun poids, les procédures suivies à Saint-Palais l'ayant toujours été en langue béarnaise, et non pas en langue basque). Mais les deux autres firent impression sur le Conseil qui, par un arrêt du 30 avril 1621, décida de surseoir à l'union des deux justices.

Cette mesure donna aux esprits le temps de se calmer, et un nouvel édit de juin 1624 prononça à nouveau, et définitivement cette fois, l'union des deux justices souveraines de Navarre et de Béarn. L'ancien Conseil souverain disparaissait pour faire place au Parlement de Navarre (satisfaction donnée aux Navarrais). Une sénéchaussée fut établie à Saint-Palais, relevant en appel du Parlement de Navarre. Ainsi cette petite ville ne perdit-elle pas toute importance au point de vue judiciaire.

SECTION V

ALAVA — BISCAYE — GUIPUZCOA

Ces trois provinces sont régies par le droit commun castillan (actuellement par le Code civil espagnol), soit directement (Guipuzcoa et les quatre cinquièmes environ de l'Alava), soit à titre de droit supplétif de premier degré (Biscaye). Voici quelles étaient, avant 1889, les principales sources de

ce droit commun castillan, auxquelles nous aurons parfois à nous référer :

I. — Le *Fuero Juzgo* (711?) réalise la fusion des deux Codes préexistants d'Euric et d'Alaric (*lex romana wisigothorum*). Quoique profondément imprégné de droit romain, il fait une assez grande place aux institutions traditionnelles d'origine germanique : dot constituée par le mari à sa femme (*las arras*), la société d'acquêts, certaines formes de tester.

II. — Les Fors municipaux et nobiliaires de León et de Castille. Le *Fuero Juzgo* ne cessa jamais de s'appliquer à titre de législation générale, mais son autorité ne s'étendit plus qu'aux questions non traitées par les Fors municipaux et nobiliaires. Les Fors municipaux furent concédés en grand nombre (surtout de 711 à 1348) dans le but de favoriser l'établissement des populations et la fondation de villes nouvelles (*cartas de población*).

III. — Le *Fuero Real* (1255). Sous le règne d'Alphonse le Sage, une œuvre juridique considérable s'accomplit. Après la fusion des deux royaumes de Castille et de León, il importait d'unifier les institutions juridiques existantes. Le but du souverain était aussi, semble-t-il, de donner le *Fuero Real* comme For municipal aux populations qui ne possédaient pas de droit écrit, et comme droit supplétif à celles qui avaient déjà leurs coutumes particulières. Son autorité fut très grande.

IV. — Les sept Parties (*Las siete Partidas*, 1256-1348) sont le fruit d'un effort considérable fait pour doter la Castille d'un Code unique. Les éléments de cette vaste compilation sont empruntés au décret de Gratien, au droit de Justinien, au droit canonique et aux décrétales de Grégoire IX, enfin aux dispositions les plus remarquables des Fors municipaux et nobiliaires.

V. — La Pragmatique de Toro (1417) avait pour but de réagir contre l'engouement qui se manifestait en faveur du droit romain et surtout de l'opinion des glossateurs. Il fut décidé que celle-ci ne saurait prévaloir à l'encontre des dispositions du droit national et que l'on ne pourrait invoquer « aucune opinion, autorité ou glose de canoniste ou de légiste postérieure à Bartole ou à Juan Andrés ».

VI. — Alonso Diaz de Montalvo fut chargé par Isabelle

la Catholique de réunir en un volume les lois contenues dans les divers Fueros, ordonnances et pragmatiques. Ce travail, achevé en 1484, reçut le nom de recueil ou ordonnance de Montalvo (*Ordenamiento de Montalvo*). Œuvre considérable, ne comprenant pas moins de vingt-huit livres, fort utilisée en pratique, quoique n'ayant pas été expressément confirmée par les monarques.

VII. — La *Recopilación* de 1567, la *Nueva Recopilación* de 1686 refondirent les lois déjà citées, ne relevant, bien entendu, que celles dont les dispositions n'avaient pas été abrogées. La *Novisima Recopilación* de 1805 répondait à des préoccupations analogues.

ALAVA

Le nom d'Alava apparaît pour la première fois au VIII^e siècle sous la plume de Sébastien, évêque de Salamanque. Moins accidentée que les autres provinces basques, et, partant, plus ouverte aux invasions, l'Alava cependant se maintint libre de la domination maure; elle s'étendait vers le sud jusqu'au sombre défilé de Pancorbo que protégeait une forteresse, et c'est dans la plaine qui s'ouvre derrière Miranda de Ebro que l'invasion sarrasine fut brisée par deux fois, en 882 et en 883. Ce nom d'Alava ne dérive pas de l'arabe, dit Humboldt, mais paraît être la composante du latin *alba* et du basque *ora* (plaine). Alba est une ville mentionnée par Pline et par Ptolémée et dont l'emplacement peut être situé près de Salvatierra, à l'entrée de la vallée d'Araquil.

Jusqu'en 1332, l'Alava demeura un Etat indépendant sous la protection des rois de Navarre. L'exercice de la souveraineté appartenait à une Assemblée populaire qui se tenait annuellement au « Campo de Arriaga », non loin de Vitoria, et qui comprenait des représentants des différentes classes : nobles, clergé (avec l'évêque de Calahorra) et laboureurs (*los fijos dalgo de Alava*)¹. Cette assemblée, connue sous le nom de *Cofradia del Campo de Arriaga*, exerçait tous les droits souverains; c'est elle qui, en 1332, vota la réunion de

1. Les femmes n'étaient pas exclues de ces assemblées, tout au moins les célibataires et les veuves qui possédaient des terres.

l'Alava à la couronne de Castille. Tous les ans, la Cofradia désignait quatre alcaldes chargés de rendre la justice pendant un an; parfois aussi elle élisait un comte qui prenait le titre de Grand Mérim.

Jusqu'au XIV^e siècle, l'Alava ne fut régie que par des Fueros particuliers octroyés par les rois de Navarre. Au XIII^e siècle, les plus répandus étaient ceux de Laguardia, donnés en 1165 par Sanche le Sage, et celui de Logroño qui fut étendu à un très grand nombre de bourgs.

La clause 6 du pacte de 1332 prévoyait que le Fuero Real s'appliquerait en Alava. Il régit effectivement de très nombreuses communautés d'habitants.

Quand Vitoria, le comté de Treviño et Salvatierra se furent réunis en 1417 en une seule hermandad¹, parut un cahier de trente-quatre ordonnances contre les malfaiteurs, approuvé le 5 février de la même année par Catherine, régente de Castille. En 1463, Henri IV de Castille elabora un nouveau cahier de soixante ordonnances, confirmées depuis par quinze rois et en dernier lieu par Ferdinand VII en 1814. Mais ces textes contiennent peu de dispositions de droit privé.

C'est au nord-ouest de l'Alava, dans l'ancien comté d'Ayala, qu'il faut aller chercher les traces du droit indigène basque. Il existe dans ce pays un For vénérable et particulièrement curieux qui remonte à l'année 1373. Auparavant, il n'existait qu'une Coutume non écrite. Rédigé à l'instigation du seigneur Fernand Perez de Ayala, il fut augmenté en 1469. En 1487, les *Ayaleses* demandèrent à leur maître, Pierre Lopez de Ayala, comte de Salvatierra, que, pour pallier aux obscurités de la loi écrite, le Fuero Real, las Partidas et les ordonnances des rois de Castille fussent applicables dans le pays, sous cette réserve que les habitants pourraient continuer à disposer à leur gré, entre vifs ou par testament, de tout ou partie de leurs biens. Le seigneur accéda à leur désir et c'est ainsi que la liberté de tester, pièce maîtresse du droit basque, est demeurée debout en Ayala en dépit du contenu des Codes castillans. D'ail-

1. Ancienne subdivision administrative des provinces basques, ou plus exactement, association formée entre bourgs voisins. Les hermandades de Alava avaient à leur tête un procureur (procurador).

leurs, en 1463, l'Ayala était entré dans la grande *hermandad* d'Alava en conservant intact son For particulier.

Nous aurons l'occasion de noter la survivance en Ayala d'une autre institution, qui, elle, est purement coutumière : c'est l'*alkar poderoso*, l'usufruit du conjoint survivant, mais un usufruit particulièrement large puisqu'il laisse au veuf ou à la veuve la possibilité de choisir celui des enfants qui succède aux biens du décédé. En somme, cet usufruit se double d'un mandat d'élire. Ainsi un testateur déclare qu'il est marié légitimement avec doña N..., dont il a cinq enfants. « Il sera remis à chacun d'eux 5.000 pesetas lors de son mariage, sans préjudice de ce que pourra lui donner sa mère que j'institue usufruitière avec faculté de disposer à son gré, en faveur des enfants, des biens compris dans l'usufruit. »

BISCAYE

Le fonds juridique primitif de Biscaye est constitué : 1° par le *Fuero Juzgo* ; — 2° par des Fors municipaux particuliers concédés les uns en 1051 par Garcia de Navarre, les autres à Durango en 1180 ; à partir de 1199, l'application du *Fuero* de Logroño fut étendue progressivement à tous les bourgs ; — 3° et par des Fors généraux qui n'avaient qu'un caractère coutumier et que l'on commença à compiler à partir de 1342. En 1452 vit le jour un recueil plus complet connu sous le nom de *Fuero Antiguo*, approuvé par Henri IV de Castille en 1454 et confirmé par ses successeurs, jusqu'à Charles IV inclus (1788).

Pour corriger ou supprimer certaines de ses dispositions qui étaient devenues caduques, on nomma en 1526 une Commission présidée par le Corregidor, qui termina son travail le 21 août de la même année. Ce recueil porte le titre de « Fors, privilèges, franchises et libertés des chevaliers gentilshommes de la très noble et très loyale seigneurie de Biscaye » et comporte trente-sept chapitres embrassant toute l'organisation politique et administrative, le droit civil et la procédure. Malgré l'existence du terme « chevaliers gentilshommes », ce droit s'appliquait à tous et non pas seulement à la noblesse, à l'instar de quelques anciens Fors de Castille ou de Navarre.

Ce sont ces *Fueros* qui constituèrent les assises juridiques de la province; ce sont eux que les monarques espagnols, jusqu'à Charles IV inclus, juraient, en montant sur le trône, de respecter.

Le trait caractéristique du droit civil particulier de la Biscaye réside dans le souci de maintenir l'unité économique de la famille au moyen du système de la *Troncalidad* (des biens de souche), principe dont les conséquences donnent au droit des successions une physionomie particulière, sur laquelle nous reviendrons.

GUIPUZCOA

C'est sous l'égide des rois de Castille que se formèrent en Guipuzcoa les premiers groupements de population, au lendemain des grandes invasions. A chacun des bourgs ainsi créés, le Roi concéda une Charte (*carta de Población*) qui fut jalousement gardée. Plus tard, des députés de chaque localité prirent l'habitude de se réunir dans l'une ou dans l'autre des vingt-trois *ciudades* de la province. Leur mandat n'était pas impératif. Un « député général », élu pour un an, exerçait le pouvoir exécutif, assisté de huit députés de district. Un *corregidor* représentait le roi de Castille. Il était le chef de l'administration judiciaire et résidait à Tolosa.

Fueros, Juntas, Election des députés, tout cela offre un caractère éminemment religieux et démocratique. Avant les élections, messe du Saint-Esprit; les nouveaux élus prêtent serment sur la croix. A la fin de leur mandat, les Juntas sont toujours présidées par l'alcalde du lieu, parfois simple ouvrier. C'est ainsi qu'à Azcoïtia, un tailleur alcalde préside une réunion où siègent des Grands d'Espagne. Le souci d'assurer l'entière indépendance des délibérations est si grand, qu'un usage singulier veut que nul avocat ou juriste ne puisse séjourner dans la localité où se tient l'assemblée, pendant la durée de la session ¹. Sur les Guipuzcoans, le Roi ne peut percevoir aucun impôt, il ne peut que solliciter d'eux des contributions volontaires réparties et perçues par la junta provinciale.

Pendant les trois premiers siècles qui suivent l'invasion

1. Ces détails dans Humboldt: *Les Basques*.

arabe, la littérature juridique du Guipuzcoa est peu riche. Le For municipal le plus ancien est celui de Saint-Sébastien, donné par Sanche le Sage dans la seconde moitié du XII^e siècle. Ce Fuero et celui de Logroño constituent la Charte de tous les bourgs de la province. Le premier fut déclaré applicable à Irun et à Fontarabie (1203), à Guetaria (1209), à Zarauz (1227), Renteria (1320), Zumaya (1347), Hernani (1380), Zaldivia (1315), et le second à Mondragon (1260), Villafranca (1268), Deva (1294), Azpeitia (1311), Salinas de Laniz (1331), Elgueta (1335), Azcoitia (1339), Plasencia (1343), Eibar et Egoibar (1346). Beaucoup d'auteurs pensent que le Fuero de Sobrarbe, à cause de son caractère général, dut s'appliquer en Guipuzcoa du X^e au XIII^e siècle. Rien ne permet de l'affirmer, mais c'est évidemment possible, surtout à partir de l'an 1200, date de l'union définitive du Guipuzcoa à la Castille.

Le premier cahier des ordonnances de la Hermandad de Guipuzcoa (*cuaderno de las ordenanzas de la Hermandad de Guipuzcoa*) remonte à 1375. Il est complété en 1397 sous Henri III, puis en 1463, puis en 1583. Comme le nombre de lois, ordonnances et cédulas va toujours croissant et que certains privilèges particuliers ont été exclus des compilations antérieures, la Junte de la province charge en 1692 Michel Aramburu de la rédaction d'une nouvelle compilation publiée en 1696 avec l'autorisation royale sous le titre de *Recopilacion de los Fueros, privilegios, buenos usos y costumbres, leyes y ordenanzas de la muy noble y muy leal provincia de Guipuzcoa*. Cet ouvrage est complété en 1758.

Il est assez remarquable que ces textes ne contiennent pour ainsi dire pas de dispositions de droit privé. Les Guipuzcoans devaient donc suivre sur ce point le droit commun castillan. Ce n'est pas que le besoin d'une législation civile particulière ne se soit fait vivement sentir : nous n'en voulons pour preuve que les vœux nombreux des Assemblées générales que don Pedro de Gorosabel a scrupuleusement consignés dans la *Notitia de las cosas memorables de Guipuzcoa*¹.

1. Gorosabel, historien et légiste espagnol, né à Tolosa en 1803, mort à Saint-Sébastien en 1868, fut député au Conseil provincial, corregidor de Guipuzcoa et, pour finir, archiviste de cette province. Il a laissé un grand nombre d'œuvres

Une loi des Cortés de Madrid de 1534 (loi 6, tit. III, liv. X de la N. R. de Castille) ordonnait, entre autres choses, que nul ne pourrait donner ni promettre par voie de dot ou mariage à une fille tiers ou quint de ses biens, ni l'avantager d'aucune manière (*mejorarla*) expressément ou tacitement, par contrat entre vifs. La province jugeait cette loi préjudiciable à ses habitants, parce qu'elle limitait la liberté de disposer dont ils avaient joui jusqu'alors, et en 1587 il fut question de demander au Roi, par une déclaration expresse, de dispenser les Guipuzcoans de se conformer à cette Pragmatique, mais aucune démarche effective ne paraît cependant avoir été faite en ce sens. Les Juntas générales, tenues à Vergara en 1659, prirent l'initiative d'une ordonnance autorisant les parents à avantager leurs filles par voie de contrat entre vifs. On demanda au Conseil de Castille de confirmer cette résolution : il se refusa à le faire par suite de l'opposition du ministère public. En 1696, nouvelle tentative. Un projet d'ordonnance avait été rédigé par la junta de Tolosa, dispensant les Guipuzcoans d'observer la Pragmatique de 1534, et leur permettant d'user de leurs biens de la façon la plus absolue.

A l'appui de cette demande, l'Assemblée faisait valoir le petit nombre et la pauvreté des propriétés libres (*haciendas libres*), c'est-à-dire de celles qui, n'étant pas biens de souche, se trouvaient dans le commerce et sur lesquelles on pouvait établir des cadets; les nombreuses difficultés qui surgissaient au sujet de la fixation des légitimes, les inconvénients résultant du morcellement excessif des biens entre de trop nombreux enfants. Ces arguments ne purent convaincre le Conseil de Castille. Il se refusa à présenter le projet à la signature du Roi, sous prétexte qu'il était contraire aux lois du royaume. En 1747, la Junta d'Azcoitia revint à la charge, mais sans plus de succès.

Les Guipuzcoans ne pouvaient donc que recourir à un certain nombre de moyens détournés pour arriver au résultat

sur le droit civil espagnol et un dictionnaire descriptif et historique très complet sur son pays natal. B. de Echegaray juge son style un peu froid et impersonnel, et son œuvre juridique se ressent de l'influence des auteurs anglais, notamment de Jérémie Bentham.

par eux souhaité. Bonifacio de Echegaray nous révèle les plus usités d'entre eux ¹. Si, au moment où le testament est dressé, l'aîné est en âge de contracter mariage, le père l'avantage (le *mejora*) en lui laissant au surplus le tiers du disponible, conformément à l'art. 1.056 du Code civil espagnol. La maison et les terres sont attribuées à l'enfant avantagé, à charge de verser en espèces la légitime de ses frères et sœurs. Si, à l'époque de la confection du testament, les enfants étaient tous mineurs, on avantage l'aîné d'entre eux à condition qu'il se marie et s'établisse dans la maison natale; si, pour une raison quelconque, il ne veut ou ne peut le faire, on lui substitue le puîné. On appelle ainsi successivement plusieurs enfants (substitution vulgaire) afin d'acquérir la certitude que l'un d'entre eux remplira les conditions voulues et continuera la maison.

On rencontre aussi, dans les contrats de mariage, la clause d'après laquelle les futurs conjoints se concèdent mutuellement la faculté d'élire admise par l'art. 831 du Code civil espagnol, à l'exemple peut-être de l'*alkar poderoso* d'Ayala. Si donc l'un d'eux meurt *ab intestat*, son époux veuf et remarié peut distribuer à son gré les biens du défunt entre les enfants communs, sans préjudice des légitimes et autres avantages concédés par le *de cujus* de son vivant. Cette pratique a l'intérêt d'éviter un démembrement excessif du patrimoine et de laisser au conjoint survivant un certain degré d'autorité sur la personne de ses enfants, surtout si le survivant étant l'époux *adventice* (*forastero en el Caserio*) ne pouvait, en cette qualité, disposer librement que de ce qu'il avait apporté en dot.

Toutes ces particularités seront mieux comprises quand nous aurons procédé à l'étude des institutions auxquelles elles se rattachent. Mais il importait de préciser dès à présent comment les Guipuzcoans, dont les traditions étaient analogues à celles de leurs voisins de Navarre ou de Biscaye, avaient pu s'accommoder d'une législation qu'ils s'étaient laissés imposer et qui cadrait assez mal avec leurs aspirations et leurs besoins réels.

1. *La vie civile et commerçante des Basques vue au travers de leurs institutions juridiques* (Saint-Sébastien, 1923).

SECTION VI

B É A R N

Placé entre deux Etats puissants, la France et l'Espagne, la vicomté de Béarn s'étendait le long des Pyrénées entre le Bigorre au levant, la prévôté d'Acqs, la Soule et la Basse-Navarre au couchant, l'Aragon au midi, l'Armagnac et la Chalosse au nord. Il comprenait dix cités, quatre cent trente-quatre bourgs, deux évêchés. « La terre de ce pays, dit Marca (*op. cit.*, p. 256), est peu fertile. On y supplée par des engrais. Les fruits sont excellents et les vins d'une saveur exquise. La variété du paysage et le bon air qu'on y respire éloignent la contagion lorsque les pays voisins en sont accablés. » Vers 1080, la vicomté de Béarn se rend indépendante de la Gascogne sous la direction de Centulle IV, comte de Bigorre, vicomte de Béarn et d'Oloron, et qui devint aussi le suzerain du vicomte de Soule. Le Béarn sut conserver son indépendance pendant plusieurs siècles, et ses princes surent lui donner des lois d'une si remarquable sagesse que le peuple se figurait qu'elles avaient existé de tous les temps. Et de Gaston IV, compagnon d'armes de Godefroy de Bouillon, jusqu'à Henri IV qui réunit sur sa tête les deux couronnes de France et de Navarre (juillet 1607), les habitants du Béarn firent toujours preuve d'un courage indomptable ainsi que d'une très grand zèle pour leurs franchises.

En Béarn, le seigneur ne stipulait pas seul dans les Chartres qu'il concédait. Entre ses vassaux et lui intervenait un véritable contrat, garanti par un serment réciproque. En prenant possession du pouvoir, le vicomte promettait par serment, devant les barons et la Cour, « d'être bon et fidèle seigneur, de juger selon le droit et de ne faire préjudice à personne ». Après quoi, les barons juraient à leur tour de lui être fidèles et de le tenir pour leur seigneur.

Cet usage durait encore à la fin du XVI^e siècle, et Henri IV, comme ses prédécesseurs, dut donner à ses sujets sa parole royale de maintenir leurs franchises.

Lorsque Louis XIII voulut réunir le Béarn à la France

et vaincre les vives oppositions qui se manifestaient, il se rendit en personne à Pau, et, devant les Etats assemblés, il jura « de ne jamais déroger aux Fors, libertés et lois du pays, et de les garder inviolablement ».

Louis XVI renouvela pour la dernière fois ce serment devant les députés des Etats envoyés à Paris en 1776. Lorsque l'Assemblée Constituante voulut soumettre à un régime uniforme toutes les provinces de la monarchie, les Etats de Béarn osèrent opposer une vive résistance, résolus, disaient-ils, « à n'accepter les institutions nouvelles que s'ils les jugeaient préférables aux leurs ».

Les Béarnais ne se laissèrent jamais imposer des lois contraires à leurs usages, ainsi qu'en témoigne ce préambule du For Général renouvelé par Gaston IV en 1088, en Cour plénière au château de Pau¹ :

« Ce sont ici les Fors du Béarn, en lesquels est fait mention qu'anciennement en Béarn, il n'y avait pas de seigneur. En ce temps-là, les Béarnais ouïrent vanter un chevalier de Bigorre; ils allèrent le quérir et le firent seigneur pendant un an. Mais après, comme il ne voulut pas les tenir en Fors et Coutumes, la Cour de Béarn s'assembla alors à Pau et le requit de les tenir en Fors et en Coutumes et lui ne le voulut faire; et alors ils l'occirent en la Cour.

« Après, on leur vanta un prud'homme chevalier en Auvergne et ils allèrent le quérir et le firent seigneur deux ans. Et après il se montra trop orgueilleux et ne voulut les tenir en Fors ni en Coutumes: et la Cour alors le fit occire au bout du pont de Sarrance par un écuyer, lequel le fêrit d'un tel coup d'épieu qu'il lui sortit par le dos. Et ce seigneur avait nom Sentonge. »

Ces histoires horribles étaient-elles exactes? Leur but, en tout cas était d'inspirer une crainte salutaire à quiconque s'aviserait de vouloir réformer les coutumes de Béarn, malgré les Béarnais. Respecter les usages, c'est là une condition *sine qua non* pour qui veut régner sur eux. Aussi l'édit d'union à la couronne de France porte-t-il expressément que les Béarnais seraient maintenus dans leurs Fors et Coutumes. Et les

1. MARCA: *Histoire du Béarn*, p. 334. — Cf. DE LAGRÈZE: *Histoire du droit dans les Pyrénées*, p. 74.

rois qui succédèrent à Louis XIII ne manquèrent pas de faire la même promesse à leurs sujets pyrénéens. Aussi les Fors contiennent-ils deux catégories de dispositions : les unes confirment ce qui existait auparavant : c'est le droit ancien, le droit populaire. Les autres concèdent certains privilèges accordés par les seigneurs en don de joyeux avènement : c'est le droit nouveau, le droit seigneurial.

Il ne faut pas nous étonner de voir les textes qui nous intéressent plus particulièrement, c'est-à-dire les dispositions de droit civil, figurer plutôt parmi les coutumes confirmées. Certaines de ces dispositions des Fors les plus anciens commencent souvent par ces mots : « Est usage en Béarn que... » ou bien elles rapportent des décisions jurisprudentielles rendues sur des points douteux, décisions qui désormais auront force de loi. Ces articles commencent ainsi : « Jugea la Cour à Orthez. Jugea la Cour à Sauveterre. » Parfois même on cite les noms des parties, de même que les Pandectes rapportent parfois l'opinion de tel ou tel jurisconsulte ainsi que le nom de la personne qui l'avait consulté.

Les Fors anciens contenant des lois civiles sont le For général et celui de Morlaàs ¹. Ils semblent dater à peu près de la même époque, et certaines de leurs dispositions se confirment ou se suppléent. Mais, tandis que le For général s'applique, comme l'indique son titre, à toute la nation béarnaise, celui de Morlaàs contient, à côté d'articles ayant une portée générale, l'énoncé de certains privilèges particuliers aux habitants de cette ville et des bourgades voisines. Ce For paraît d'ailleurs légèrement postérieur au For général, si on songe que les privilèges particuliers doivent être postérieurs à la règle dont ils sont l'expression.

Ces deux Codes confirmés (For général) ou octroyés (For de Morlaàs) par le vicomte Gaston IV en 1088, figurent parmi les plus anciens monuments législatifs de France ².

1. Morlaàs était l'ancienne résidence des vicomtes avant la construction du château de Moncade à Orthez par Gaston IV en 1242. Là resta cependant l'hôtel des monnaies béarnaises qui eurent cours régulier dans toute la Gascogne, au Moyen Age.

2. On lit dans le For de Morlaàs : « Moi Gaston, vicomte de Béarn, octroie ceci volontairement et avec bonne foi pour moi et toute ma génération, pour tous les temps et jusqu'à la fin des siècles... » (1).

Cependant, les dispositions de pur droit civil qu'ils renferment sont encore moins détaillées que celles des coutumes basques tant espagnoles que françaises. C'est que les Fors s'occupent surtout des institutions féodales d'origine relativement récente et assez compliquées pour qu'il fût nécessaire de les codifier. Les coutumes indigènes, au contraire, qui étaient d'un usage ancien et habituel, étaient trop bien connues des contemporains pour qu'on jugeât utile de les constater par écrit. C'est ainsi, par exemple, que la matière si importante des successions n'est traitée que dans quelques articles disséminés dans le For général et dans le For de Morlaàs.

Ces textes étaient d'ailleurs assez mal rédigés, bourrés de redites, de dispositions désuètes. Les Béarnais s'en plainquirent à leur souverain, Henri II de Navarre : « Nous avons reçu, dit celui-ci, dans la préface du nouveau For, l'humble supplique de nos chers et bien aimés sujets narrant les grands inconvénients, troubles et multiplications de procès qui surviennent journellement par la cause que les Fors, établissements, styles, ordonnances et Coutumes écrites dudit pays, depuis longtemps n'ont pas été réformées, mis en bonne forme et ordre et par rubriques, qu'aussi à cause de leur ancienneté, aucuns articles desquels sont en langage non intelligible et en aucuns endroits confus et contrariants . . . »

Le Roi réunit donc, en 1552, une Commission où il se fit représenter par deux délégués et qui fut présidée par J. de Foix, évêque de Lescar, chancelier de Foix et de Béarn. Cette Commission élaborait le nouveau For ou For réformé. Pour l'éditer on fit appel à deux imprimeurs palois célèbres : Jean de Vingles et Henri Poivre. Le nouveau Code, promulgué en 1564, est divisé en six sections bien déterminées. La section 3 est consacrée aux lois civiles. Mais elle nous apparaît encore assez peu développée. La rubrique des contrats de mariage ne contient que dix-huit articles, et la rubrique des successions, quinze. Pour les cas non prévus, que fallait-il faire ?

On ne pouvait plus s'en remettre, comme sous l'empire du

For général, au Conseil de la Cour ¹ pour « y être suppléé, augmenté ou diminué ». On pouvait s'en référer aux anciens Fors et à l'usage non écrit, mais les cas non prévus étaient justement ceux sur lesquels la Coutume était muette. On admit donc comme droit commun supplétif le droit romain qui eut en Béarn, plus encore que dans les provinces basques, une influence considérable. Un commentateur fait même observer qu'en préférant s'en rapporter à ce droit plutôt qu'à la législation française antérieure à 1620, date à laquelle le Béarn fut réuni à la couronne. A partir de cette époque, les ordonnances et édits royaux furent appliqués en Béarn à condition d'avoir été enregistrés au Parlement de Navarre.

Le droit de Justinien avait été si bien assimilé par les Coutumes, que le Béarn passait à la fin de l'Ancien Régime pour un pays de droit écrit, ainsi qu'il résulte d'un certificat accordé par les avocats du Parlement de Navarre le 13 avril 1749. Cette conception est exagérée: jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, le Béarn fut un pays de droit coutumier. Mais les dispositions qu'on avait empruntées au droit romain pour combler les lacunes des Fors étaient devenues si nombreuses que cela fit illusion.

A partir de 1552, nous voyons le droit romain absorber

1. La Cour plénière ou Cour Majour fut primitivement composée de représentants des trois ordres: gentilshommes, évêques et députés des communes. C'était à la fois un organe de l'exécutif (on y décidait de la paix, de la guerre), une assemblée législative et une juridiction supérieure qui connaissait en appel des décisions de la Cour des vics et des jurats, juges en premier ressort.

Tous les vassaux devaient s'y rendre sur la convocation du seigneur, à peine d'amende et même de contrainte corporelle. Ces assemblées se tinrent successivement à Morlaas, Sauveterre, Orthez et au château de Pau.

Les sessions pouvaient durer neuf jours, et le seigneur était tenu de défrayer ceux qu'il avait mandés, ainsi que leurs compagnons et leurs montures, de les garantir durant le trajet de toute injure et de protéger en leur absence leurs familles et leurs propriétés.

A l'origine, cette Cour put aisément suffire à l'expédition des affaires, les questions féodales dont elle avait surtout à s'occuper étant dominées par des principes d'une grande simplicité. Mais le grand nombre des juges devait en rendre l'examen très lent. Il devenait difficile de les réunir, et ceux qui se rendaient à la convocation, les plus assidus, n'étaient pas toujours les plus capables.

Aussi, le comte Guillaume Raymond déchargea-t-il en 1220 la Cour de ses fonctions judiciaires pour les confier à douze jurats héréditaires, dont les décisions ne furent plus sujettes à aucun appel. Le pouvoir législatif devenait donc, en Béarn, séparé du judiciaire. La Cour Majour elle-même cessa de se réunir en 1490 (DE LAGERIE: *Etude des Fors du Béarn*, p. 51). D'autre part, en première instance, à la juridiction des seuls jurats s'était substituée, surtout à partir de l'avènement de Gaston XI en 1436, celle du sénéchal assisté du jurat de chaque vésiau.

peu à peu les Coutumes et celles-ci perdre leur caractère original, sauf sur quelques points, notamment le droit d'aînesse pour les biens roturiers. L'Université de droit de Pau, fondée en 1725, et qui dura jusqu'à la Révolution, eut à ce point de vue une grande influence, surtout par l'enseignement qu'y donna Mourot, « le Merlin du Béarn ». Il fut aussi avocat au Parlement de Navarre.

Ce parlement, établi à Pau par Louis XIII en 1620, succéda, ainsi que nous l'avons vu, au Conseil souverain de Béarn installé à Pau le 27 juin 1519 et composé de sept membres, ainsi qu'à la Chancellerie de Navarre. Il eut à enregistrer quelque-unes des grandes ordonnances de d'Aguesseau. Mais si les Etats ont accepté depuis l'union quelques-unes des lois françaises, ce n'est pas « à titre de lois générales, mais comme un supplément qu'il leur a paru convenable d'ajouter à la loi du pays » (délibération des Etats généraux du Béarn du 8 mai 1788, transcrite dans les registres du Parlement). Tout ce que nous avons dit des anciennes Coutumes basques, de leur régime populaire, de l'attachement qu'avaient pour elles les habitants du pays s'applique aussi aux Fors du Béarn. Contre ce droit rien n'a prévalu, ni les idées romaines, ni les lois révolutionnaires, ni même le Code civil (voir *infra*, chap. XII et XXV).



Outre les textes originaux des anciens Fors et du For réformé rédigés en dialecte béarnais (plusieurs éditions) on en trouve de bonnes traductions dans les ouvrages de Mazure et Hatoulet et P. Rogé (*Les Anciens Fors de Béarn*; Paris, Picard, 1905).

Le traité des successions de Mourot (1740-1813) auquel nous nous référerons souvent, nous est particulièrement précieux, car il n'est pas seulement consacré au droit béarnais, mais encore à celui des provinces voisines comprises dans le ressort du Parlement de Navarre. Mourot a encore écrit un traité sur la légitime, malheureusement inachevé, à la suite d'un traité sur les paraphernaux, ainsi que de nombreuses

notes sur les institutions contractuelles. Ces documents existent à la Bibliothèque municipale de Pau.

Les autres commentateurs, les avocats Maria et Labourt, sont également intéressants à consulter. Mais leurs études embrassent le For réformé tout entier et on ne peut leur accorder le même crédit qu'à Mourot. D'autres auteurs, auxquels nous nous référerons, se sont occupés avec assez de bonheur de ces questions, tels Bordenave, Cassou, E. Cordier, B. de Lagrèze, P. Rogé, F. Butel, dont les principaux ouvrages sont cités dans notre bibliographie.



DEUXIÈME PARTIE

LES DROITS DE FAMILLE

*Garde, mon fils, le précepte de ton père.
Et ne rejettes pas l'enseignement de ta mère.
Attache-les sur ton cœur constamment.
Mets-les en guise de collier.
Dans ta marche ils te guideront,
Dans ton sommeil ils te garderont.
A ton réveil ils converseront avec toi.*

(Le Livre des Proverbes — VI, 20-22.)

CHAPITRE IV

L'État des personnes et le milieu social



OMME préambule aux développements qui suivront, il nous faut indiquer dans le présent chapitre quelques idées qui nous permettront de mieux comprendre l'esprit des législations basques, ainsi que certaines particularités relatives à leur contenu.

On sait que dans l'ancien droit, les conceptions politiques et sociales du temps dressaient entre les différentes classes de la société une barrière assez bien pourvue d'inégalités de toute espèce. En France, par suite des efforts conjugués de l'Eglise et de la Monarchie, les privilèges d'ordre civil avaient, à la fin de l'Ancien Régime, à peu près complètement disparu.

Dans nos provinces, la loi civile établissait encore des différences de traitement entre nobles et roturiers, notamment au point de vue successoral. Certaines dispositions des Coutumes de Labourd et de Soule, comme des Fors de Basse-Navarre et du Béarn, ne s'appliquaient qu'aux gentilshommes. Nous devons donc préciser quelles étaient les personnes appelées à en bénéficier, car les Basques se disaient volontiers tous nobles. Ces différences subsistèrent jusqu'en 1789, tout au moins dans la lettre des textes.

En Navarre espagnole, l'unification du droit s'était faite par le haut : entendons par là que la pratique avait permis à tous les Navarrais de bénéficier des mêmes dispositions, concernant notamment les successions *ab intestat* (droit d'aî-

nesse) et l'usufruit du conjoint survivant, institutions auparavant réservées aux nobles.

D'autre part, nous remarquerons que le législateur basque témoignait d'un grand souci de stabilité, ce en quoi il ne faisait que reconnaître un état de choses institué par l'usage. La famille était la cellule sociale par excellence, mais c'était pour les Basques une idée un peu abstraite; aussi s'identifiait-elle avec son habitat, la maison, qui était, elle, quelque chose de concret.

Enfin, sur le plan supérieur, la paroisse ou communauté d'habitants, administrait les intérêts communs de plusieurs maisons. Ces intérêts étaient défendus à l'assemblée générale de la paroisse (assemblées capitulaires dans le Labourd) où se rendaient les chefs de maison (*etchecko jaunak*) et quelquefois leurs délégués. Pour avoir cette qualité, il ne suffisait pas, primitivement tout au moins, d'être propriétaire, il fallait encore avoir la qualité de voisin (*vecinus*). Ainsi sommes-nous amené à dire quelques mots de cette institution qui se présentait en Navarre sous son aspect le plus curieux.

SECTION I

L'ÉTAT DES PERSONNES

Dans les différents chapitres consacrés au droit d'aînesse basque, il sera souvent fait allusion à la situation des enfants. Le pays basque, dans son ensemble, n'a connu la féodalité que sous une forme atténuée. Alors que dans le reste de la France régnait la maxime: « Nulle terre sans seigneur »¹, ce qui signifiait que quiconque alléguait la liberté de son domaine devait produire des titres à l'appui de ses assertions, dans les limites du pays basque, au contraire, on appliquait la règle: « Nul seigneur sans titre ». La propriété était donc présumée libre; on exigeait au contraire des preuves pour justifier de l'asservissement d'un domaine (POLVEREL). Ce principe était plus conforme au droit naturel. On n'en consi-

1. LOISEL: *Institutes coutumières*, 228.

dérait pas moins le plein exercice du droit de propriété comme un privilège : sans doute parce qu'à l'époque où la féodalité tendait à se généraliser, il constituait un fait exceptionnel.

Les Basques jouissaient de privilèges qui, dans le reste de la France et de l'Espagne, étaient réservés aux nobles : liberté de la chasse et de la pêche (Soule, XIII, 1, et B. N. XXXI), droit de port d'armes (Lab., XX 1, Soule, IX 1) et aussi en Navarre qui jouissait du privilège de se garder elle-même; droit d'entretenir pigeons et colombiers, droit de moudre et de faire moudre librement et où bon semblait (Lab. II 1 et 2, Soule XII 1, B. N. XXXIII 1-3).

Il était loisible aux habitants de s'assembler pour délibérer sur les affaires communales, pourvoir à la police, à l'entretien et à la garde des bois et des pâturages communs (Lab. XX 4, 5; Soule, I, 4; B. N., XXXV, 1), réglementation qui occupe une place importante dans les Coutumes.

De l'existence de ces nombreux privilèges, certains auteurs ont conclu un peu hâtivement que tous les Basques étaient nobles. En réalité, en dépit des prérogatives nobiliaires dont ils jouissaient, la plupart appartenaient à la roture. La noblesse n'avait été accordée en bloc qu'à titre exceptionnel, le plus souvent en reconnaissance de services rendus dans la lutte contre l'infidèle. Les Fors de Biscaye de 1394 reconnaissent la qualité de nobles et de gentilshommes à tous les Biscayens et leur confèrent le droit d'en user dans toutes les provinces de la monarchie espagnole. Une déclaration de Ferdinand IV de 1314 suppose la noblesse chez les Basques de l'Alava. Ferdinand le Catholique en 1480, Charles Quint en 1523 et Philippe III en 1608 assurent aux Guipuzcoans la qualité de nobles, de quelque condition qu'ils soient par ailleurs. En 922, les Basques navarraïes de la vallée de Roncal et en 1440 ceux du Bastan avaient obtenu des diplômes collectifs de noblesse pour la bravoure dont ils avaient fait montre dans les guerres contre les Maures. Les habitants d'Arberoue, en Basse-Navarre, se virent conférer la noblesse en 1435 (Arch. de Pampelune, C 106, n° 4) ¹.

1. SANADON: *Essai sur la Noblesse des Basques*, p. 223. — Barthélemy-Jean-Baptiste Sanadon, bénédictin de Saint-Maur, fut principal au Collège de Pau, puis élu le 2 mars 1791 évêque constitutionnel des Basses-Pyrénées par

Leur seule qualité de propriétaires, nous dit E. Ritou (*op. cit.*, p. 118), permettait aux Basques français de faire usage de la particule dans leurs appellations, ainsi que l'on peut s'en assurer par la lecture des actes notariés. En 1667, le commissaire délégué pour rechercher et punir les usurpateurs de la noblesse en Guyenne, poursuivait d'abord les Souletins qui en faisaient un abus apparent et terminait à l'instant ses poursuites dès que le texte des privilèges de ce peuple lui avait été présenté par le syndic général ¹.

Il résultait de cet état de choses que la féodalité n'avait pu s'étendre au pays basque que parce que les rois, et principalement les rois de Navarre, avaient des terres à donner. C'est ainsi qu'en Soule et dans le Labourd, des familles nobles avaient pu s'élever au-dessus des autres: c'étaient celles qui possédaient terres et fiefs en Navarre, pays où la féodalité s'était plus fortement implantée « Tout infançon qui a un héritage libre, dit le For général, et qui avec cet héritage veut faire des vilains, aura sur eux le même droit que le roi et les autres seigneurs sur les leurs. » De là l'existence au pays basque d'une noblesse véritable dont les membres s'appelaient *ricohombres* et *infançons* en Navarre, *cavers* en Béarn et en Soule, et d'une classe de tenanciers: *francos* de Navarre, *botoyers* et *fivatiers* de Soule, etc.

Contrairement à ce que pourrait faire croire leur nom, les *ricohombres* n'étaient pas nécessairement les plus riches, mais les premiers dans l'Etat par l'illustration et la race. Evidemment, la richesse ne leur nuisait pas, bien au contraire. Le For dit que le Roi prendra conseil des *ricohombres* et des sages, paraissant mettre sur le même plan richesse et sagesse.

Le *ricohombre* navarrais, lié par la loi au service de l'Etat, pouvait être le vassal du Roi sans tenir de lui fief ou bénéfice. Le Roi lui concédait parfois l'honneur (*onor*), c'est-à-dire une rente assignée sur une de ses propriétés, ce qui comportait

174 voix. Député à la Convention, il vota la culpabilité de Louis XVI, lui accordant cependant le droit d'appel au peuple. Il fut arrêté à Bayonne en 1794 et détenu quelque temps à la citadelle, puis il passa en Espagne où il mourut.

1. « En vertu de la coutume observée et gardée de toute ancienneté, tous les gens de ce pays sont francs et de franche condition, sans tache de servitude. » (S. I., 1.)

également le gouvernement de la seigneurie dont dépendait la propriété en question.

Après les ricohombres venaient les *caballeros*, hidalgos de vieille noblesse, renommés pour l'ancienneté de leur nom ou l'éclat de leurs services. Le Roi et les ricohombres avaient le droit de conférer la chevalerie, mais ces derniers ne pouvaient la conférer à un vilain, à peine de déchéance (F. G., X, L. III, t. IV, 5). Il y avait aussi, comme partout en Espagne, les chevaliers errants (*caballeros andantes*) dont le type est l'immortel Don Quichotte, et dont l'épée, nous assure B. de Lagrèze, servait moins à empêcher le mal qu'à le faire. Toujours d'après cet auteur, il existait en 1789, en Navarre française, quarante-quatre maisons de caballeros dont les chefs accédaient de droit aux Etats.

Les *hidalgos* ou *infançons* étaient des nobles de moindre qualité, tels les habitants des vallées navarraises dont nous avons parlé tout à l'heure. C'est, semble-t-il, du mot *infanzon* qu'est venu le mot infanterie, car ces infançons de moindre qualité servaient, en général, dans l'infanterie (la redoutable infanterie espagnole).

Ils pouvaient faire par témoins la preuve de leur noblesse. Le Roi alors confirmait par un bon titre (*con buena carta*). Ceux qui juraient faussement étaient déchus de leur noblesse et devenaient vilains et tributaires du Roi. Si l'infançon épousait une vilaine, ses enfants demeuraient infançons. Mais si l'infançonne se formariait, ses enfants retombaient en vilenage.

L'infançon jouissait de certains privilèges. Le Roi avait le droit de conférer la noblesse par charte écrite (*infanzones de carta*). Ces anoblis s'opposaient aux *infanzones* de vieille race (*sin carta*). Les maisons infançonnes étaient exemptes de la taille. On en comptait, en 1789, quatre-vingt-sept en Basse-Navarre. Martin Viscay a publié des listes de maisons infançonnes navarraises, qui figurent aux archives de Pau et de Saint-Palais.

Quant aux vilains, *realengos* ou paysans du Roi, *solariegos* des seigneurs laïcs, *abadengos* des abbés, ils étaient assujettis à la taille. Ils bénéficiaient (si l'on peut s'exprimer ainsi!) d'un statut successoral spécial, car, pour eux, la parenté succésible s'arrêtait au quatrième degré, celui de cousin-germain

(F. G., chap. XX, tit. IV, liv. II). Le seigneur héritait de leurs meubles s'ils mouraient sans enfants, et de leurs immeubles s'ils décédaient sans laisser de parents au degré légal. Ces dispositions rigoureuses disparurent de bonne heure, Sanche le Sage ayant renoncé à hériter des vilains *pour le salut de son âme*.

Il existait enfin des hommes libres (*francos*) qui formaient une classe intermédiaire entre les vilains et les nobles. Ils payaient tribu (*pecha*) mais jouissaient des franchises des nobles. D'après le prince de Viane (*Chronique des Rois de Navarre*) et Yanguas, ils seraient d'origine française, d'où leur nom (Francos d'Estella ou de Saint-Martin).



A côté de toutes ces personnes, pleinement capables en matière civile, il a existé dans les provinces basques, pendant tout le Moyen Age, une catégorie de citoyens marqués d'une infériorité civile humiliante. Nous voulons parler des *Cagots*, *Chrestiaás* ou *Agotac*.

On a épilogué sur l'origine de leur nom. La tradition populaire voyait en eux les descendants des Goths refoulés par les Maures au delà des montagnes. On peut se demander pourquoi les Goths, belle et noble race, auraient inspiré tant de répulsion. De même religion que les Navarrais, ils combattirent les musulmans, leurs ennemis communs. P. de Marca, interprétant *Caas Goth* par « chasse Goth », pense que les Cagots devaient descendre des Sarrasins qui avaient chassé les Goths.

En réalité, les Cagots étaient les descendants d'anciens lépreux. La répulsion qui s'était manifestée à l'encontre des membres des familles atteintes de ce mal horrible se perpétua longtemps. La défense faite aux lépreux de se mêler au reste de la population, à l'église ou aux jeux, se retrouve portée contre les Cagots dans un grand nombre de chartes des provinces et villes basques. A l'église, ils avaient accès dans une enceinte spéciale d'où ils ne pouvaient s'écarter.

Les Fors du Béarn leur faisaient défense de s'unir, par mariage ou autrement, avec des personnes étrangères à leur race, et ce, sous peine de mort. Un arrêt du Parlement de Pau (1640) leur défend de porter bottes, montres, épées ou de s'habiller « autrement qu'il convient à leur position ». C'est que beaucoup étaient riches; ils avaient en effet le monopole de certaines professions, dont celle de charpentier. Ils étaient dispensés du paiement de la taille et de toutes sortes de redevances et de servitudes.

A la suite d'une vaste enquête médicale, il fut reconnu que les derniers prétendus cagots du pays basque français avaient le sang pur. Beaucoup étaient parvenus à un âge très avancé. Alors Louis XIV publia en 1662 des lettres patentes accordant aux cagots l'égalité des droits avec les autres sujets du Roi. Devant la résistance des Etats de Navarre, le Roi dut prendre en leur faveur une véritable ordonnance.

En Navarre espagnole, l'affranchissement des cagots fut plus tardif: Il ne date que de 1818.

SECTION II

LA MAISON

Plus encore que la famille, la maison peut être considérée au pays basque comme la véritable cellule sociale. Dans ses murs, des générations se sont succédé; certain membres de la famille ne l'ont jamais quittée. Pour ceux d'entre eux que les circonstances économiques ont contraint à chercher fortune au dehors, c'est un lieu de refuge assuré.

C'est presque une personne, ayant ses droits et ses devoirs, et c'est à juste titre que les auteurs espagnols H. Yaben, Bonifacio de Echegaray et Luis de Urubayen s'étendent longuement sur la « personalidad del hogar vasco ».

Nous verrons, au cours des chapitres ultérieurs, cette personnalité s'exprimer de différentes manières. Elle se manifeste tout d'abord par le nom: ce nom peut être celui du propriétaire primitif, du bâtisseur. Souvent aussi, c'est une dénomi-

nation poétique, en rapport avec le lieu où la construction s'élève. Chaque maison a sa physionomie, son état civil propre qu'elle porte gravé sur le linteau ou la clef de voûte de ces larges portes comme on en voit tant en Soule et en Navarre.

« Cette maison, appelée Gorritia, a été rachetée par Marie de Gorriti, mère de feu Jean Dolhagaray, avec l'argent que celui-ci lui envoyait des Indes. Elle ne pourra jamais être ni vendue, ni hypothéquée. Fait en l'an 1662. » Ou encore, ce sont de courtes phrases sculptées dans la pierre et qui parfois témoignent d'un sombre désespoir : « Le passé m'a trompé, le présent me tourmente, l'avenir m'épouvante — 1707. » Ou, sur la façade de l'immeuble, cette maxime si propre à rappeler aux membres de la famille leur humble devoir : « *Sicut umbra, vita fugit.* »

Les Fors particuliers accordèrent à la maison, considérée comme un sanctuaire inviolable, le droit d'asile. Ils l'étendirent du palais de l'infançon à des maisons de caballeros et même de simples habitants de la ville. Selon le For de Lequeitio, en Biscaye, aucun agent de police ne pouvait entrer dans la maison d'aucun habitant contre son gré, sous peine d'être tué, et le meurtrier n'était pas coupable d'homicide. Dans toute la Biscaye, aucun *merino* ne pouvait approcher de la maison d'un Biscaïen à une distance de moins de douze pieds, contre la volonté du maître, sauf avec un notaire et sans armes, et seulement pour voir les biens saisissables et en faire l'inventaire ¹.

En France, le foyer était, sous l'Ancien Régime, la base de toute l'administration locale, tant au point de vue politique qu'au point de vue fiscal. Au pays basque, on admettait presque que les maisons elles-mêmes déléguaient des représentants aux assemblées communales. On lit dans les procès-verbaux : « Etaient présents : X..., de la maison un tel. »

Tous les enfants avaient le droit de revenir vivre au foyer paternel. Ils n'en pouvaient être dépossédés que s'ils s'étaient rendus incapables d'hériter ou avaient commis quelque action infâme ². C'est là un trait que nous retrouvons dans toutes

1. MARICHALAR Y MANRIQUE : *Historia de la legislación civil de España*, t. II, p. 581 (Madrid, 1868).

2. DE LAGRÈZE : *La Navarre française*, p. 90.

les provinces qui nous intéressent, qu'il s'agisse de l'*etche* navarrais ou labourdin, du *lar* bayonnais, du *laá* béarnais, ou du *caserio* biscaïen.

La maison absorbait si bien la personnalité de son hôte, qu'il arrivait que celui-ci oubliait son propre nom pour prendre celui du domaine dont il s'était rendu acquéreur. On disait de Jean Duhalde: Il est de la maison Etcheverria. Cinquante ans après, sa famille n'était plus connue que sous le nom d'Etcheverry. Ces confusions se trouvaient facilitées par l'absence ou la mauvaise tenue des registres d'état civil.

Pierre de l'Ancre, conseiller au Parlement de Bordeaux, chargé au XVII^e siècle d'enquêter sur de prétendus actes de sorcellerie commis dans le Labourd, s'est livré à une répression maladroite et inutilement cruelle, mais nous a laissé sur l'état social et sur les mœurs des Basques de cette époque, des pages bien amusantes ¹.

Il semble toutefois que la sanglante mission dont il avait été chargé ait obnubilé le sens critique du digne conseiller dont le cerveau n'était pas moins malade que celui des malheureux qu'il était appelé à juger. Il incrimine tout comme venant du démon: les mœurs, les usages, les coutumes, les danses sont œuvres diaboliques; les vêtements sont indécents; il n'est pas jusqu'à la disposition intérieure des églises qui échappe à ses récriminations. Même dans les particularités relatives au nom, il voit matière à maléfice :

Je ne veux oublier qu'en Labourd les villageois et villageoises les plus gueux se font appeler seigneur et dame d'une telle maison, qui sont les maisons que chacun d'eux a en son village, quand ce ne serait qu'un parc à pourceaux. Or, aucunes de ces maisons sont rangées dans la rue du village, d'autres étant un peu écartées et hors de ranc d'ordre, ont quelques petites terres et labourages alentour, si bien qu'ils laissent ordinairement leur cognom (*cognomen*) et le nom de leur famille, et mesmes les femmes les noms de leurs maris, pour prendre celui de leurs maisons, pour chétives qu'elles soyent; et peut on dire si la mutation et changement de noms est pour certains une espèce de crime, que pour le moins c'est ici une espèce d'inconstance

1. *Tableau de l'inconsistance des mauvais anges et démons* (Paris, 1612, in-4°).

et légèreté, et qu'en cela ils s'accomodent aucunement de l'humeur du diable veu qu'ils veulent varier en toutes choses comme lui et se déguiser pour se faire reconnaître (!), encore que tout homme de bien censé (*sic*) touche à perpétuer son nom, sa famille et sa maison; eux au contraire ils ensevelissent leur nom et le nom de leur famille dans les ruines d'une méchante maison de village.

Cette constatation s'avérait fort pertinente. Longtemps, l'usage déféra aux fils d'héritières le nom de la maison où ils étaient nés. Et l'enfant qui avait quitté le pays et y revenait à l'automne de sa vie, s'étonnait parfois du silence où on avait relegué le nom de son père et cherchait à dépouiller le nom maternel. De nos jours encore, le nom de l'héritière s'ajoute à celui de son époux et se transmet à ses enfants: de pareilles adjonctions se glissent encore dans les registres de l'état civil.

SECTION III

LES LIENS DU VOISINAGE

La *Vecindad* des provinces basques était autre chose que le simple voisinage, dont les effets juridiques sont, dans nos Codes modernes, assez limités. C'était, dans sa conception générale, le lien qui unissait entre eux les habitants d'une même paroisse, par la communauté d'intérêts, de droits octroyés et de devoirs imposés par les lois. Au sens restreint du terme, la *Vécineté* était une qualité qui conférait à celui qui en était revêtu, noble ou vilain, certains droits de pâture (*derechos de pastos comunales*) et d'affouage (*aprovechamiento*). Ces droits étaient d'origine féodale.

Le voisin (*vési, vésiau, vésin, bezi, beziau, bezial*, dans les différents patois pyrénéens) est l'homme du bourg, le citoyen qui a le droit de jouir des privilèges que la communauté possède. Il n'est pas tout à fait libre et indépendant. Il est assez libre, en ce sens qu'il n'a pas à souffrir de la tyrannie ou des exactions d'un supérieur, mais il est lié et même entravé dans toutes les actions de sa vie par des devoirs et des obli-

gations envers ses égaux, ses voisins, ses concitoyens. Il ne peut quitter le lieu de sa naissance pour habiter ailleurs sans être reçu et reconnu comme voisin ou concitoyen dans cet endroit ¹. Sans quoi il n'aurait pas les mêmes privilèges que les autres, il ne pourrait exercer aucun métier, il se verrait presque hors la loi. En outre, comme voisin, il a de nombreux devoirs à remplir : il est pour ses co-voisins tout à la fois un *fiador* (*fidejussor*), une caution, un garant, un protecteur dans tous les événements de la vie journalière, aux fiançailles, au mariage, à la rédaction d'un testament, à son ouverture après la mort (*infra*, chap. XIII), un témoin en justice, un consolateur à la veillée funèbre et à l'enterrement. Les mœurs rendaient tous ces devoirs plus obligatoires que les lois.

Au XIX^e siècle encore, à Sare, quand quelqu'un était gravement malade, c'était le voisin ou la voisine habitant la maison la plus proche, du côté de l'église, de la maison du malade, qui devait aller chercher le prêtre à n'importe quelle heure du jour ou de la nuit. Pour les mariages, la première demoiselle d'honneur était toujours la fille non mariée de la maison la plus proche du côté de l'église, et il en était de même du garçon d'honneur pour l'époux.

Il existe en Navarre plusieurs classes de *vecindades*, dit Yanguas y Miranda. L'une a sa source dans la résidence personnelle. Les gentilshommes qui résident dans une localité ont le droit de prendre, sur les jachères entourant leur habitat, des pacages clos pour leurs troupeaux. Ils ont également droit à des coupes de bois, comme les laboureurs, mais ils ne peuvent rien couper ou défricher sans leur consentement.

Le second groupe de voisins est constitué par ceux qui sont obligés, aux termes de différents chapitres du For, de laisser à certains de leurs enfants (notamment aux enfants naturels) une légitime déterminée. Ceux qui jouissaient ainsi de ce que Yanguas appelle la « *vecineté* entière », avaient certains avantages particuliers dans les bourgs soumis à la directe du Roi ou sis sur des territoires d'Eglise, même s'ils n'y rési-

1. Le futur voisin devait, nous dit le F. G. de Navarre, arriver à pied dans sa nouvelle résidence, avec sa lance et ses armes, entretenir du feu dans la maison pendant un an et un jour, après quoi il était déclaré résident (*morador*) et payait l'impôt comme les autres habitants. Alors seulement, et sur sa demande expresse, il était accueilli comme voisin.

daient point (F. G., chap. XVII, tit. XVII, liv. III). Ils pouvaient y faire office de témoins ou de cautions, même s'ils jouissaient ailleurs, notamment au lieu de leur résidence habituelle, de droits analogues. C'est à cette faculté que le chap. VIII, tit. VII, liv. III du dit For semble faire allusion quand il dit que tout gentilhomme qu'un rustique a reconnu pour son seigneur (*que tiene villano encartado*) peut être témoin ou caution au bourg où réside ce rustique, à condition que celui-ci ait bien la qualité de voisin (*si este villano tiené tanta heredad porque vecino puede ser*).

Ceux qui ne possédaient pas d'héritage suffisant pour être témoins ou cautions constituaient le troisième groupe de voisins; il suffisait, pour y être admis, de posséder au village une maison ou maisonnette entourée d'une haie, ainsi qu'il est prévu au chap. XVIII, tit. I, liv. VI. Ce texte concède aux gentilshommes le droit de faire paître *leurs porcs* sur les communaux du bourg où ils possèdent une maisonnette ainsi close, à condition que les trois premières nuits (*sic*) les animaux en question viennent dormir dans ladite maison, et ce, sous peine d'avoir à payer quint au Roi. On rangeait dans cette troisième catégorie, ce que les Navarrais appelaient les *vecindades foranas*.

Une sentence du Conseil provincial de Navarre, confirmée par le Conseil d'Etat le 8 octobre 1851, reconnaissait que le droit de vécineté foraine était un véritable droit réel susceptible d'être aliéné et transmis, et que les tribunaux ordinaires étaient compétents pour connaître des questions s'y rattachant. Primitivement, le droit de vécineté foraine n'était pas réservé à la noblesse, les vilains en bénéficiaient également dans certaines localités (art. 2, 3, tit. I, liv. VI). Les Cortés de Navarre et Philippe IV aggravèrent le caractère nobiliaire de l'institution. La loi 17, tit. II, liv. I, de la N. R. de Navarre en fit un privilège exclusivement nobiliaire. Toute personne qui acquérait une semblable *vecindad* et ne pouvait prouver sa noblesse se voyait priver du bénéfice de son acquisition; elle ne pouvait que la revendre ou la faire entrer dans la dot d'une fille qui épousait un gentilhomme. Il faut reconnaître, d'ailleurs, que cette mesure vexatoire avait été prise sur la demande des trois Ordres, qui semblent avoir cru sérieu-

sement que le maintien de ce privilège particulier de pacage importait au plus haut point à la sauvegarde de la noblesse ¹.

Quant aux droits de vécineté du premier groupe, ils furent également étendus au profit de la noblesse : les gentilshommes eurent droit à une part dans les couples, double de celle des roturiers (F. G. 1, 2, vi). Ce privilège appartenait primitivement aux seuls résidents. En 1586, les Cortés de Pampe-lune sollicitèrent, sans succès d'ailleurs, son extension aux gentilshommes, même non résidents. En 1604 elles revinrent à la charge et firent admettre qu'il suffisait que le sol sur lequel s'exerçait la vécineté fût franc et libre, sans qu'il fût besoin qu'il appartînt à un hidalgo.

Le droit de double part réservé aux nobles, et surtout la vécineté foraine, contraire au principe admis partout ailleurs que « nul ne peut être voisin de deux bourgs à la fois », indisposaient les populations rurales qui tentaient de s'opposer à l'exercice de ces droits exorbitants en refusant de louer des enclos pour recevoir les troupeaux forains ou en se livrant à des violences contre leurs gardiens. Les Cortés durent intervenir pour faire défendre aux *voisins* résidents de se concerter en vue de refuser leurs cours ou leurs abris aux *voisins* non résidents. En 1780, il fut décidé que ceux qui prétendraient exercer un droit de vécineté foraine devraient au préalable faire vérifier leurs titres en justice sur citation du procureur et contradictoirement avec le *pueblo* intéressé. Ce dernier jouissait également d'un droit de retrait qu'il devait exercer dans l'an et jour suivant la date à laquelle le gentilhomme avait manifesté l'intention d'user du droit qu'il avait acquis.

Cédant aux instances d'un très grand nombre de Navarrais qui demandaient l'abolition des droits de vécineté foraine et de double portion concédés aux gentilshommes en résidence dans les bourgs, les Cortés, le 24 mai 1821, déclarèrent

1. « Que uno de los principales privilegios que tenían los fijosdalgos del Reino era el de las vecindades foranas, y por eso se había tenido cuidado de que no tuviesen dichas vecindades los que no contasen con la calidad que, conforme a Fuero debían estar adornados : y porque muchas veces sucedía que por compra, herencia sucesión y otros títulos sucedían en algunas vecindades foranas y sin la dicha calidad de hidalguía, pedían los tres Estados que si se siguiese pleito contra aquellos y fuesen vencidos, no pudiesen gozar las vecindades, ni venderlas ni cederlas, sino a alguna hija ó sobrino, pues casando esta con hijodalgo, ó siéndolo el sobrino, la pudieren gozar. »

abolies pour toujours les prérogatives dont avaient joui les hidalgos en Navarre, prérogatives connues sous le nom de vécinetés foraines et portions doubles, sauf le droit pour les personnes qui les avaient acquises à titre onéreux, de rentrer dans leurs fonds. Mais avec la réaction de 1823 et en vertu du décret du 1^{er} octobre de la même année, les nobles recouvrèrent leurs anciens privilèges.

José Alonso, célèbre commentateur des lois navarraises, dit¹ que le rétablissement de la décision du 24 mai 1821 aurait dû accompagner le retour du régime parlementaire. C'est aussi ce que croyaient de nombreux *pueblos* (bourgs) navarrais, qui, postérieurement à la publication de la constitution libérale de 1837, jugèrent possible de plaider la question et se heurtèrent à la jurisprudence constante de la Cour d'appel de Pampe-lune opposant à leurs demandes une fin de non recevoir basée sur ce que le décret de 1821 n'avait pas été expressément remis en vigueur. Dans deux arrêts de principe rendus les 24 mai 1867 et 30 juin 1898, le Tribunal suprême, séant à Madrid, devait reconnaître la survivance des droits de vécineté. Mais la seconde de ces sentences, constatant que l'égalité au point de vue des droits civils était depuis longtemps réalisée, précisait que les nobles ne pouvaient prétendre avoir le monopole *de las vecindades* et que les lois du titre XX, liv. I de la N. R. qui s'en occupaient devaient être considérées comme applicables à tous ceux qui, à quelque titre que ce soit, avaient acquis des droits réels de *vecindad* dont les collectivités pouvaient d'ailleurs jouir au même titre que les particuliers.

*
**

Le titre de voisin et les droits qui s'y trouvaient attachés

1. *Nouvelle Compilation et Commentaires sur les Fors et Lois de l'Ancien Royaume de Navarre*, p. 346.

En Biscaye, la *Vecindad* était à la base de la distinction établie par le For entre étrangers et voisins. Les naturels du pays jouissaient de la *Vecindad* d'origine ; ceux qui s'établissaient dans la province avec le désir de devenir Biscaiens acquéraient alors la *Vecindad*.

En Guipuzcoa, comme en Navarre, la *Vécineté* conférait des droits dont certains n'appartenaient qu'aux nobles. Le roturier qui en jouissait pouvait être expulsé de la province. Ces dispositions d'une rigueur excessive disparurent avec le temps.

se perdaient quand le titulaire manquait à ses devoirs ou refusait de se conformer aux ordonnances locales. Nul secours ne devait être donné au voisin indigne, même s'il était attaqué par des étrangers (*forasteros*). S'il tombait malade, nul ne devait l'assister, à moins qu'il ne fournît caution de se soumettre. Il ne pouvait obtenir, aux termes du *Fuero General*, qu'un prêtre pour se confesser, un tamis pour passer la farine et un peu de feu dans la main, car donner du feu figurait parmi les obligations des voisins (F.G., chap. II, t. XI, l. V).

Ces détails archaïques, qui se réfèrent à des obligations sociales et non plus seulement familiales, nous permettent de pénétrer l'atmosphère si particulière des anciennes coutumes basques, où les individus dépendaient étroitement les uns des autres. Il n'est pas, croyons-nous, de meilleure préface à l'étude des différentes institutions de pur droit privé que nous allons maintenant aborder.



CHAPITRE V

Le mariage



CHEZ la plupart des peuples, le mariage constitue la base sur laquelle viennent reposer les autres institutions familiales : aussi, ce contrat fait-il l'objet d'une réglementation particulièrement sévère et étudiée.

On peut définir le mariage comme étant une société existant entre deux personnes de sexe différent et fondée sur leur volonté réciproque de se prendre pour mari et femme.

A-t-il existé historiquement une législation du mariage particulière aux provinces basques ? Il est permis d'en douter. Certains auteurs veulent que le matriarcat, primitivement en vigueur chez les Cantabres, se soit accompagné d'une grande licence de mœurs : la femme étant chez ces peuples la source unique de toute filiation, de toute parenté, il n'était point nécessaire de se préoccuper de la qualité ni de la personnalité du père. Ils se plaisent donc à nous dépeindre la femme cantabre comme une sorte d'amazone disposant sur ses enfants d'un pouvoir absolu et ne subissant d'autre loi que celle de sa fantaisie. Ces écrivains, entre autres l'Allemand Bachofen¹, voient dans l'institution de la Couvade un argument en faveur de leur thèse, cet usage interprété comme une sorte d'affirmation par le père de sa paternité étant l'expression d'une réaction contre le communisme conjugal primitif. Nous avons dit plus haut ce que nous pensions de cette opinion. A supposer que les Cantabres aient pratiqué le matriarcat, ce qui n'est nullement prouvé, ils étaient du moins monogames,

1. *Das Mütterreich*, p. 256 (Stüttgard, 1861).

car Strabon (III, 4, 18) nous parle « des maris qui apportent une dot à leurs femmes ». Si ces peuplades avaient été polygames, il n'eût pas manqué de le souligner.

Ce n'est pas dans les Coutumes basques de France, rédigées à une époque somme toute récente, que nous pouvons espérer découvrir des dispositions originales touchant la matière du mariage. Par contre, les Fors particuliers de certaines villes du pays basque espagnol ainsi que le For général de Navarre, beaucoup plus anciens, nous donnent de curieux détails sur les à côtés de cette institution. Qu'ils soient très anciens ou plus modernes, Fors et Coutumes présentent ce caractère commun de s'occuper surtout de la situation pécuniaire des époux, de leurs devoirs vis-à-vis de leurs enfants, toutes choses qui se rattachent au mariage *in esse*. En effet, la célébration du mariage elle-même est devenue, avec le temps, un acte essentiellement religieux et qui, à ce titre, entre dans les prévisions du droit canonique.

Nous avons vu que les provinces basques avaient été successivement occupées, sinon conquises, par les Romains et par les barbares. Les lois qui touchent au mariage en gardent l'empreinte. L'influence romaine se décèle dans la fixation de la majorité matrimoniale, dans la théorie des empêchements pour parenté ou alliance¹. Aux Wisigoths, les Vascons semblent avoir emprunté la théorie des arrhes, qui paraît dériver directement du Morgengäbe germanique. Bien plus considérable devait être, en matière du mariage, le rôle du droit canonique : c'est dans le droit canonique qu'il faut rechercher toute la réglementation concernant l'échange des consentements, les empêchements dirimants et prohibitifs, la célébration du mariage elle-même, en un mot les conditions du mariage *in fieri*.

En France, cette distinction entre le mariage *in esse* et le mariage *in fieri* correspond à peu près, nous dit P. Viollet, au partage d'attributions qui avait fini par s'établir entre le juge civil et la juridiction ecclésiastique. L'Eglise soutenait que les questions d'intérêt se présentant accessoirement à une

1. Là se bornent les ressemblances. Car le régime dotal basque était assez différent du régime dotal romain, notamment en Labourd, Basse-Navarre et Soule (voir *infra*, chap. VII).

cause matrimoniale devaient être résolues par elle, afin d'éviter les lenteurs de deux procédures devant deux juridictions. Dès le XVI^e siècle, le juge civil s'empare irrévocablement de ces questions accessoires. Le sacrement du mariage, disent les légistes, n'est pas de notre compétence, mais le contrat nous appartient. Et d'attaquer devant les Parlements, par la voie de l'appel comme d'abus, certains mariages irrégulièrement célébrés. En Espagne, au contraire, ces empiètements ne s'étaient pas produits, jusqu'à la loi sur le mariage civil de 1870, les tribunaux ecclésiastiques étaient demeurés compétents pour connaître du mariage, non seulement en tant que sacrement, mais encore en tant que contrat entraînant certains effets sur la personne de chacun des époux.

Nous nous proposons dans ce chapitre de brosser un court tableau du mariage tel qu'il existait dans nos provinces, plus spécialement à l'époque de la rédaction des Fors et Coutumes. Nous remarquerons que le législateur a, le plus souvent, négligé de préciser quels seraient les effets du mariage sur la personne des époux, alors qu'il réglemente au contraire avec assez de détails toutes les questions relatives à l'administration et à la jouissance des biens de chacun des conjoints. Cette question des régimes matrimoniaux sera examinée dans les chapitres suivants. Pour pallier aux insuffisances des dispositions coutumières, il a été fait appel au droit romain, ainsi qu'aux ordonnances royales ou aux pragmatiques légiférant sur tel ou tel point particulier.

SECTION I

CONDITIONS REQUISES POUR CONTRACTER MARIAGE

A) *Age et Puberté*

L'aptitude à copuler étant considérée par le droit romain et par le droit canonique comme étant l'un des éléments essentiels du mariage, il importait que le futur époux fût pubère. La puberté apparaît dans le For général de Navarre comme une question de fait, et la façon dont le For en prévoit la

constatation constitue une révélation curieuse des mœurs primitives des Navarrais et mérite comme telle d'être notée. La puberté, en effet, n'avait pas pour seul effet de permettre le mariage, car l'homme dès qu'il devenait pubère (*veilloso*) était tenu de payer l'impôt personnel (*pecha personal*). Or, voici ce que dit l'exemplaire manuscrit du For (liv. III, tit. IV, chap. III) conservé aux archives de Pampelune¹ : « Si par aventure, le Sayon² de la ville dit à un jeune garçon : Paie l'impôt parce que tu es pubère, et que celui-ci prétende qu'il ne l'est pas encore et qu'il ne doit rien, le For ordonne que le sayon touche le sexe avec la main et mesure le poil avec le pouce. Si le poil dépasse l'ongle du pouce, on doit payer, et s'il ne le dépasse pas, on ne doit rien. »³

Ce système, qui paraît avoir été suivi jusqu'à la promulgation de l'*Amejoramiento del Fuero*, s'apparentait au système romain primitif de la puberté de fait (système des proculéens) qui paraît avoir exercé longtemps une certaine influence sur le droit canonique (décret de Grégoire IX, IV, II, 3). A Rome, l'âge requis pour le mariage avait été fixé à quatorze ans pour les hommes et à douze pour les femmes (système de la puberté légale). Tel fut l'âge adopté dans nos pays de droit écrit, tel fut aussi celui qui fut fixé en Navarre par l'*Amejoramiento* de Philippe d'Evreux (1330). Cependant, pendant tout le cours du Moyen Age, et jusqu'au XVIII^e siècle, les mariages entre jeunes gens mineurs de quatorze et de douze ans demeurèrent assez fréquents. Don Pédre d'Aragon épouse la fille de Philippe III de Navarre, Marie, qui n'avait pas encore atteint sa douzième année⁴.

La Barraganie⁵ et la liberté des mœurs⁶ excusent dans

1. D'après B. de Lagrèze, ce passage aurait disparu de l'édition expurgée de 1685, époque à laquelle ce texte avait cessé depuis longtemps d'être applicable.

2. Sayon : officier municipal de rang inférieur, spécialement chargé de l'assiette et de la collecte des impôts.

3. Cette façon d'asseoir l'impôt ne manquait pas d'originalité et procédait d'un raisonnement rempli de finesse. On peut croire que les jeunes contribuables se soumettaient de bonne grâce à un impôt dont le paiement faisait présumer leurs qualités viriles.

4. B. DE LAGRÈZE : *La Navarre française*, II, 183. — Louis XI se maria à quatorze ans moyennant dispense.

5. V. *infra*, chap. VI.

6. Elle était assez générale dans nos provinces, et les progrès du christianisme n'y remédièrent qu'insensiblement. A ce sujet, nous ne pouvons résister au désir de mettre sous les yeux du lecteur une page savoureuse et assez peu connue de P. de

une grande mesure les précautions prises pour s'assurer de

l'Ancre, réserve faite toutefois de ce que nous savons de la personnalité de l'auteur, que nos psychiatres ne manqueraient pas de ranger dans la catégorie des « obsédés ». Ses critiques apparaissent d'ailleurs trop systématiques pour être toutes fondées.

« ...A quoi j'ajouterais l'habit des femmes et des filles, mêmes leurs coiffures, lesquelles semblent aucunement impudiques. Je parle de celles du commun, car la coiffure des femmes de qualité à Bayonne, et les toiles pendantes avec leurs ouvraiges qui paraissent au dessous accompagnées de fraizes et pièces ouvrées qu'elles portent sur la poitrine sont fort honnêtes mais pénibles et de grand labeur et despense. Elles m'ont confessé qu'il y faut la moitié du jour pour la bien blanchir accomoder et agarnir. Mais parmy les filles et femmes du commun y comprenant Bayonne comme ville capitale dont tout le reste puise l'exemple, aucunes sont tondues sauf les extremités qui sont à long poil, d'autres, un peu plus relevées, sont à tout leur poil couvrant à demi les joues, leurs cheveux volants sur les espauls et accompagnant les yeux de quelque façon qu'elles semblent beaucoup plus belles en cette naïveté et ont plus d'attrait que si on les voyait à champ ouvert. Elles sont dans cette belle chevelure tellement à leur avantage et si fortement armées que le soleil jettant ses rayons sur cette touffe de cheveux comme dans une nuée, l'esclat en est aussi violent et forme d'aussi brillans esclairs qu'il fait dans le ciel lorsqu'on voit naître Iris d'où vient leur fascination des yeux aussi dangereux en amour qu'en sortilège bien que parmi elles porter la perruque entière soit la marque de virginité. Et pour le commun des femmes, en quelque lieu voulant faire les martiales, elles portent certains tourions ou morions indécents, et d'une forme si peu décente, qu'on dirait que c'est plutôt l'armet de Priape que celui du dieu Mars.

« Mais leur coiffure semble tesmoigner leur désir, car les veuves portent le morion sans creste pour marquer que le masle fait deffaut. Et en Labourd les femmes montrent leur dessous tellement que tout l'ornement de leurs cotillons est derrière et, afin qu'il soit veu, elles retroussent leurs robes et la mettent sur la teste et se couvrent jusqu'aux yeux. Enfin, c'est un pays de pommes, elles ne boivent que jus de pommes qui est occasion qu'elles mordent si volontiers à cette pomme de transgression (!) qui fit outrepasser le commandement de Dieu et franchit la prohibition à notre premier père. Ce sont des Eves qui réduisent volontiers les enfans d'Adam(?), et mues par la teste (?) vivant parmy les montagnes en toute liberté et naïveté comme faisait Eve dans le paradis terrestre elles escoutent hommes et démons et prestent l'oreille à tous serpents qui les veulent séduire et bien qu'elles fréquentent jour et nuit (!) les cimetières qu'elles couvrent et entourent leurs tombeaux de croix et d'herbes de senteur ne voulant pas mesme que l'odeur du corps de leurs maris leur sente au nes (*sic*). C'est une piperie car telle pleure ou fait semblant de pleurer au moins à chaudes larmes son mari mort depuis vingt ans, qui ne jetta pas une larme le premier jour de ses funérailles; elles sont là assises ou croupies à troupes et non à genoux, caquetant et divisant le plus souvent de ce qu'elles ont vu la nuit précédente et du plaisir qu'elles ont prises au sabbat. L'aspreté et hauteur de ces montagnes, l'obscurité des antres qui s'y rencontrent, ces avenues, grottes et chambres d'amour qui se trouvent le long de cette coste de mer, laquelle de son écume engendra Vénus; Vénus qui renaist si souvent parmy ces gens maritimes par la seule vue du blanc de la baleine qu'ils prennent chaque année d'où on dict aussi que Vénus a pris sa naissance; ce meslange de grandes filles et de jeunes pêcheurs qu'on voit à la Coste d'Anglet en mandille et tout nues au dessous, se pesle meslant dans les ondes, fait que l'amour les tient à l'attache, les prend par le filet, les convie à pescher en ceste eau trouble et leur donne autant de désir qu'elles ont de liberté, et de commodité, s'estant mouillées partout, de s'aller sécher dans la Chambre d'Amour voisine, que Vénus semble avoir planté pour cette occasion, tout exprés sur le bord de la mer. »

Cet extrait du *Tableau de l'inconstance des mauvais anges et démons* appellerait maint commentaire, mais son auteur a fait preuve de qualités d'observations

la vertu des jeunes filles nobles, précautions que nous dépeint un chapitre du vieux For manuscrit ¹:

« Si un infançon veut marier sa fille comme vierge (*por escosa*) et pour un prix arrêté, avec un autre baron, que le père prenne deux proches parents trois au plus et dise à sa fille: Je veux te marier avec quelqu'un qui est convenable pour toi. Elle peut refuser ce premier parti, elle peut en refuser un second, mais le troisième qu'on lui offre, elle est forcée de le prendre. Et l'époux proposé dit au père: Volontiers je l'épouserai, si ce n'était la mauvaise opinion que j'ai de sa moralité. Alors le père donne caution au futur que la chose n'est pas comme on l'a prétendu, qu'il n'épousera pas sa fille si le fait est tel que le bruit en court. S'il n'est pas tel, il se mariera avec elle. Puis, le père et les parents choisissent quelques chandras ². Celles-ci mènent la jeune fille à la maison, la baignent, lui mettent des gants, lui attachent les mains avec des cordes qu'elle ne puisse délier; si elle le fait, elle s'avoue coupable. Après quoi les chandras vont quérir le futur époux et le font coucher avec la fille. Quand l'époux est levé elles vérifient le lit; si elles y trouvent des taches de sang,

certaines. Il est certain que les Basquaises, tout au moins en Labourd et en Guipuzcoa, portaient au xvi^e siècle un bonnet coniforme (et non pas, comme on serait tenté de le croire, une mantille ou un bérét). Voici d'ailleurs ce que nous dit Arnold von Harff, pèlerin allemand de Saint-Jacques, d'après la traduction que M. Gavel donne de sa relation: « *Item, toute cette contrée, jusqu'à Sauvetterre, s'appelle Gascogne. Là les femmes, ordinairement, portent corne tendue, avec des étoffes de toile droit sur leur tête, longue de deux emfans.* » A ces lignes est joint un dessin représentant une dame coiffée d'une sorte de haut bonnet de coton. Des gravures analogues figurent au *Theatrum orbis terrarum*, d'Abraham Ortelius, imprimé à Anvers en 1603, et dans un ouvrage italien: *Habiti antichi et moderni di tutto il mondo*, di Cesare Vecellio. *Di nuovo accrescenti di molta figure. Vestitus antiquorum recentiorumque totius orbis. Per sulstatium gratilianum Senapolensis latine declarati in Venetia MDXCVIII Appresso G. B. Seffa.* Enfin, un tableau placé dans la salle de délibérations de la Exc. Diputacion de Guipuzcoa représente une scène où figurent des femmes, coiffées les unes du bonnet conique, les autres d'une sorte de turban. (J. DE URQUIJO: *Revue Itle d'études basques*, 1920, p. 573.)

Tout empêtrée qu'elle soit de souvenirs mythologiques, la page de Pierre de l'Ancre jette un jour pittoresque sur les coutumes et la coiffure des Basquaises. Mais ne semble-t-il pas que son auteur ait lui-même succombé à la fascination de ces yeux, aussi dangereux en amour qu'en sortilège ?

1. Supprimé lui aussi de l'édition expurgée du xvii^e siècle (*ibid.* DE LAGRÈZE, II, p. 175).

2. « Bonnes femmes », honorables et dignes de confiance, les Chandras avaient pour mission de constater les naissances, les décès, de veiller sur les morts, et, ainsi que nous le voyons, de servir d'experts dans certaines constatations délicates relatives au mariage. Elles étaient investies, pour toutes ces matières, d'une véritable fonction légale.

le mariage a lieu; si les chandras disent qu'il n'y en a pas, la fille est déshéritée et l'époux devenu libre prend la caution et s'en va. Cependant l'héritage dont elle est dépouillée ne doit profiter ni au père ni à la mère, ni aux sœurs ou à leurs descendants, ni aux enfants naturels, mais au fils aîné du même mariage, et, s'il n'y a de proches parents du côté paternel, qu'on la laisse en paix. »

On frémit en songeant à l'institution d'une telle épreuve dont les résultats dépendaient presque entièrement de la bonne foi du mâle. On remarque que seuls les nobles pouvaient la demander quand ils se montraient désireux de ne pas livrer sans garanties à une femme l'honneur de continuer leur maison, mais nous pensons, comme B. de Lagrèze, qu'il serait difficile de trouver une législation entrant dans des détails d'une crudité analogue à ceux qu'il est possible de relever sur le *For manuscript*¹. Il s'agit là de dispositions qui tombèrent en désuétude quand les mœurs s'adoucirent, aussi est-il superflu d'ajouter que nous ne trouvons rien de semblable dans les Coutumes rédigées au XVI^e siècle.

B) *Consentement des futurs époux*

Le consentement des futurs conjoints est l'essence même du mariage, et le droit canonique, réagissant contre des pratiques antérieures, spécifiait bien que ce consentement devait être librement donné. Primitivement d'ailleurs, et jusqu'au Concile de Trente (1563), c'était dans l'échange solennel des consentements que résidait le sacrement du mariage et nullement dans la cérémonie religieuse qui l'accompagnait. Le mariage naissait du contrat par lequel l'homme et la femme se prenaient pour époux. La cérémonie religieuse était de précepte et non de sacrement.

On présumait que le consentement avait été librement donné. Sans doute la jeune fille ne choisissait pas elle-même son époux. C'était son père ou à défaut le chef de famille, mère ou frère aîné, qui se chargeait de faire ce choix pour

1. Cette épreuve était-elle particulière à l'ancien droit navarrais? On en peut douter, si l'on en croit la comédie (à base historique) d'Alfred Savoir, intitulée: *La Margrave*, et créée en 1933 par L. Juvet à la Comédie des Champs-Élysées.

elle et de la marier. Cependant son rôle n'était pas absolument passif, et déjà, à l'époque du vieux For de Navarre, nous avons vu qu'elle avait le droit de refuser les deux premiers prétendants que lui proposait le père. Mais elle était obligée d'accepter le troisième ¹. Le jeune homme, au contraire, pouvait se marier beaucoup plus librement.

Pour d'autres motifs, le consentement de la femme pouvait ne pas avoir été entièrement libre. L'homme pouvait l'avoir enlevée ou violentée pour parvenir à l'épouser. Le cas est prévu par le For de Navarre, mais celui-ci, selon la méthode qui lui est chère, se garde d'énoncer un principe général et n'envisage qu'une série d'hypothèses particulières. Certaines d'entre elles paraissent se référer à un enlèvement effectué du consentement de la femme ravie, manœuvre qui peut avoir pour objet de briser la volonté d'opposition du père et de le forcer à donner son assentiment à l'union projetée. « Si, dit le For, l'infançon viole une infançonne de moindre qualité que lui, il est tenu de l'épouser. S'il s'y refuse, le seigneur de la terre peut le chasser et prendre ses biens. Si l'infançonne est de meilleure condition que l'infançon, celui-ci doit payer 600 sols, la moitié pour le roi, l'autre moitié pour la victime du crime. Si la violence n'est pas prouvée, l'infançon doit jurer qu'il ne l'a pas employée, et il peut s'en échapper par le serment (*puede escapar con su jura*). »

« S'il n'y a pas de plainte, le Roi ne peut ni bannir le coupable ni saisir ses biens. La plainte ne peut être portée que par la femme, son père, sa mère ou le plus proche parent, héritier présomptif de la femme violentée. Quand celle-ci vaudra moins que l'infançon, le coupable évitera toute peine s'il dit aux parents : Je vais vous aider à lui faire faire un mariage tel qu'elle n'aurait pu le faire avant le viol. Et s'il agit ainsi, personne ne peut l'inquiéter, ni le Roi, ni aucun autre. »

Egalement préoccupées de protéger l'honneur des femmes, les Coutumes basques françaises se montrent plus sévères.

1. Les frères Tharaud rapportent avoir visité en 1935, en Aragon, un couvent où l'on recueillait des orphelines sans ressources. La supérieure s'efforçait de les marier à de jeunes laboureurs des environs. Comme en Navarre autrefois, ces jeunes filles pouvaient refuser leurs deux premiers prétendants, mais devaient accepter le troisième, faute de quoi aucune présentation nouvelle ne leur était faite et les portes du cloître se refermaient sur elles pour toujours.

Le For de Basse-Navarre décide que tout viol ou rapt de fils ou fille sera puni de mort (B. N., XXVIII, 8). Les Coutumes de Labourd (XIX, 10) et de Soule (XXXV, 10) condamnent l'auteur d'un viol à être décapité, même s'il offre de prendre sa victime pour femme, alors qu'un Bayonnais dans la même situation peut obtenir son pardon.

Les Fors particuliers, tel celui octroyé en 1150 par Sanche le Sage et conservé aux archives de Saint-Sébastien, renferment aussi des dispositions sur cette question ¹ : « Si un homme a des rapports avec une femme, du consentement de celle-ci, il ne doit aucune amende, à moins qu'elle ne soit mariée. S'il l'a forcée, il doit payer ou l'épouser. Si la femme n'est pas digne de devenir l'épouse de celui qui l'a forcée, ce dernier doit lui procurer un mari dont elle eût été honorée avant le viol (*debet illi dare talem maritum ut fuisset honorata antequam habuisset eam*). S'il ne peut le faire, il doit se livrer à la discrétion des parents de la femme. La femme victime des violences doit présenter sa réclamation dans les trois jours : passé ce délai, elle ne peut plus se plaindre. Si la preuve de ce qu'elle avance est établie, le coupable est tenu de payer 60 sols au Roi. »

La séduction était également réprimée en Basse-Navarre. Le For de Basse-Navarre nous dit que celui qui séduira une fille pucelle sera puni selon l'âge et la qualité des personnes (B. N. XXVIII, 13). Les Coutumes de Labourd (Lab., XIX, 12) et de Soule (S. XXV, 11) se contentaient d'obliger le séducteur à épouser sa victime et à la doter lui-même. S'il ne voulait ou ne pouvait pas l'épouser, il devait lui donner un douaire raisonnable ².

1. *Dictionnaire historique et géographique de l'Académie royale d'histoire*, t. II, p. 54.

2. Il n'en faut pas conclure que le sentiment de l'honneur soit moins chatouilleux sur ce point au pays basque qu'ailleurs, A la vendetta, chère aux Corses, les familles préfèrent des solutions moins radicales mais plus pratiques. D'ailleurs, il n'est pas rare, de nos jours encore, que les fruits du mariage en devancent de peu la célébration. La jeune fille s'assure ainsi de l'attachement de son fiancé à sa promesse. Il ne peut plus l'abandonner sans honte pour lui-même. On dit d'une jeune Basquaise qui s'est laissée séduire, qu'il lui est tombé une petite plume de l'aile, et de son séducteur : il n'est pas homme s'il ne l'épouse. (*Le vieux montagnard. Mosaïque du Midi*, 1841, p. 283.) Et les filles qui avant le mariage ont fait preuve de fécondité ne sont pas dédaignées par des maris désireux de s'assurer une descendance.

c) *Absence d'empêchement prohibitif*

La question des empêchements au mariage était régie, dans les provinces basques, par le droit romain, lois 1 à 7 et loi 12 du tit. X, liv. I des *Institutes*), par le droit canonique, et, dans les provinces espagnoles, par la législation de « las Partidas ». Il est certain qu'un mariage contracté sans dispense entre personnes parentes à un degré prohibé devait être considéré comme entaché de nullité absolue, l'empêchement dérivant de la parenté étant dirimant et prohibitif. C'est donc la nullité du mariage que devait prononcer le Tribunal ecclésiastique, et non la dissolution du lien matrimonial. Aux termes du droit canonique, le mariage était interdit à l'infini en ligne directe ascendante ou descendante; il était impossible en ligne collatérale si les parents n'étaient éloignés de l'auteur commun que d'un degré. On en vint bientôt à prohiber le mariage entre parents jusqu'au septième degré canonique; en 1215 le Concile de Latran restreignit cette prohibition au quatrième degré canonique. Enfin, le Concile de Trente devait borner au second degré l'empêchement qui résultait de l'affinité ou de l'alliance.

d) *Autorisation des parents ou du Souverain*

En dehors du consentement des futurs époux, essence même du mariage, il n'était pas, au pays basque, de mariage parfait sans l'assentiment des parents. A Rome, l'autorisation du *pater familias* était nécessaire toutes les fois qu'il s'agissait d'un *alieni juris*. Mais les coutumes basques, s'inspirant d'un esprit que l'on peut qualifier de moderne, déterminent une majorité matrimoniale assez basse: vingt-huit ans (garçons) et vingt ans (filles) dans le Labourd (XII, 10), vingt-cinq et vingt en Basse-Navarre (XXIV, 6), vingt-cinq et dix-huit en Soule (XXVII, 28). En Béarn, le père devait consentir au mariage de sa fille jusqu'à ce que celle-ci eût atteint l'âge de vingt-six ans; enfin, en Haute-Navarre, la pratique coutumière l'y invitait jusqu'à ce que son enfant fût âgé de vingt-cinq ans.

Le droit canonique se montrait beaucoup plus audacieux, puisqu'une décrétale d'Innocent III et plus tard le Concile

de Trente admirent qu'à partir de l'âge de quatorze et de douze ans respectivement, garçons et filles pouvaient se marier sans le consentement de leurs parents. Hâtons-nous de dire que cette disposition, qui assimilait la majorité matrimoniale à la puberté légale, jouait rarement dans nos provinces, car elle se heurtait aux prescriptions coutumières qui, pour la plupart, prévoyaient une majorité matrimoniale beaucoup plus élevée. De plus, autrefois comme de nos jours, le respect filial et les disciplines familiales commandaient aux enfants de continuer à s'entourer des conseils de leurs parents, même quand ils avaient atteint l'âge à partir duquel leur assentiment n'était plus légalement exigé.

Pour les Coutumes basques de France, le père et la mère étaient tous deux appelés à donner leur consentement au mariage de leurs enfants, et il en était de même des grands parents à défaut des parents. Les Coutumes de Labourd (XII, 14) et de Soule (XXVII, 30) nous indiquent qu'en cas de différent entre parents et grands parents, l'avis de l'ascendant qui exerce la puissance paternelle ou l'avis de l'ascendant propriétaire, si l'enfant n'est en puissance d'ascendant, l'emporte. Enfin, si les deux parents sont propriétaires, l'avis du mâle prévaut¹. La Coutume de Basse-Navarre ne nous dit pas ce que l'on devait faire en cas de dissentiment entre le père et la mère ou entre l'aïeul ou l'aïeule. Il est probable que l'on devait recourir à l'arbitrage du sénéchal².

Dans la plupart des provinces françaises, des sanctions très rudes s'attachaient aux unions que les mineurs de vingt-cinq ans contractaient sans autorisation. On les considérait comme des rapt de séduction (VIOULET, p. 407). Les Coutumes

1. S'il y a un différent entre les père et mère, et, où il n'y a ni père ni mère, entre autres ascendants en même degré, l'enfant du mariage duquel il est question, doit suivre le vouloir de celui en la puissance duquel il est, ou, s'il n'est en puissance des ascendants, doit suivre le vouloir de celui ascendant à qui les biens appartiennent, et s'ils appartiennent à deux ascendants en pareil degré, en ce cas c'est assez que l'enfant se marie suivant la volonté d'iceluy ascendant qui est mâle, pourvu qu'il ne soit homme hors de son bon sens, car, en iceluy cas, il faudrait qu'il eut le vouloir de la femelle. (Lab., XII, 14.)

2. A titre de comparaison, rappelons qu'aux termes de l'art. 148 de notre Code civil, le mineur de vingt et un ans qui contracte mariage doit solliciter l'assentiment de ses père et mère; en cas de désaccord entre eux, le consentement du père suffit. Le rôle joué par la mère est donc purement consultatif, par suite de la prépondérance absolue de la décision du père.

basques faisaient aux mariages contractés par les enfants qui n'avaient pas encore atteint leur majorité matrimoniale, un sort différent. Le For de Basse-Navarre (XXIV, 3) prononce la double sanction de l'exhérédation de l'enfant désobéissant et de la nullité du mariage. En Soule (XXVII, 26) et dans le Labourd (XII, 10) l'exhérédation est au contraire la seule sanction dont la coutume frappe ceux qui se marient avant l'âge et sans le consentement requis, avec la différence toutefois que cette sanction n'est pas encourue de plein droit dans la Soule, mais peut être prononcée par les parents (*poden desberetar*), alors qu'elle intervient *ipso facto* dans le Labourd, avec toutefois faculté de rappel pur les parents (Lab. XII, 15).

En ne voyant dans le défaut de consentement des parents qu'un empêchement simplement prohibitif, alors que le For de Basse-Navarre en fait un empêchement dirimant, les Coutumes de Soule et de Labourd s'inspirent davantage de l'esprit du droit canonique qui réprouve les mariages contractés sans l'assentiment paternel, mais ne les annule pas ¹.

D'après l'opinion généralement reçue par les praticiens et les commentateurs, l'exhérédation que pouvait encourir l'aîné des enfants n'avait d'effets qu'à son égard seulement, et la succession coutumière dont il était écarté était dévolue à son premier né, à condition toutefois que celui-ci fût venu au monde avant le décès du *de cujus* qui devait avoir joui de la possibilité de l'exclure expressément de sa succession. Si donc ce premier enfant était appelé, par le jeu d'une sorte de représentation, à la succession de son grand-père, quoique né d'un mariage contracté contre le gré de ce dernier, c'est que ce mariage n'était pas frappé de nullité. Bela, dans son *Commentaire sur la Coutume de Soule* (XXIV, 29-32), partage cette opinion.

De même que les aînés, les cadets n'ayant pas atteint leur majorité matrimoniale pouvaient, sauf en Basse-Navarre où

1. Une ordonnance royale de février 1556 déclarait que les fils de famille mineurs de trente ans et que les filles mineures de vingt-cinq ans, mariés sans le consentement de leurs parents, pourraient être exhérédés par leurs père et mère, et que les donations qui leur auraient été antérieurement consenties pourraient être révoquées. (ISAMBERT, t. XIII, p. 469.) L'ordonnance de Blois (1579) confirma ces dispositions, mais l'ordonnance de 1639 fut plus sévère, car elle disposait que les mineurs irrégulièrement mariés seraient *ipso facto* déclarés déchus de leurs droits successoraux.

leur mariage était annulé, se marier valablement contre le gré de leurs parents. Mais, étant écartés en principe de la succession coutumière, il n'était pas question de leur appliquer les mêmes déchéances. Ils étaient punis de leur désobéissance par la privation de leur part d'acquêts. Voici en effet ce que nous dit la Coutume du Labourd au titre des successions (XII, 10) : « Ce qui est dit que la succession du décédé sans testament premièrement appartient aux enfants; aucunefois au premier mâle, aucunefois au premier né . . . aucunefois à tous comme en biens acquêts a lieu ou l'enfant habile à succéder, si il est mâle avant l'âge de vingt-huit ans et femelle avant l'âge de vingt ans, n'a été marié outre le gré de ses parents, car si l'enfant contracte mariage avant icelui âge, perd le droit de primogéniture et de succéder également ou succession égale a lieu et se doit contenter de la légitime ci-dessous baptisée par la Coutume. » La Coutume de Soule renferme des dispositions analogues (XXVII, 26).

Morales nous indique (*op. cit.*, p. 35) qu'en Navarre espagnole la majorité légale telle qu'elle avait été fixée par l'« Amejoramiento » du Fuero était apparue trop basse, et la pratique fixait à vingt-cinq ans l'âge de la majorité effective. Pendant longtemps, il n'y eut point de difficultés car les disciplines familiales étaient très grandes. Mais, vers la fin du XVIII^e siècle, nous révèle Castejón (*Droit civil en vigueur en Navarre*, p. 84), il advint que des enfants jugèrent mal à propos d'affirmer leur indépendance en épousant des personnes de condition par trop inférieure à la leur, et ce en se prévalant de leur majorité, telle qu'elle résultait de la loi écrite. Devant une telle situation qui menaçait de troubler le bon ordre des familles et par contre coup celui de l'Etat, les Navarrais n'avaient que la ressource d'adopter les lois de la Castille, ce qu'ils ne manquaient pas de faire quand ils les estimaient supérieures aux leurs. Ils demandèrent donc à bénéficier des dispositions de la Pragmatique sanction royale du 23 mars 1776, texte incomplet et qui donnait lieu à des divergences d'interprétation. Son article 8 reconnaissait aux parents le droit de s'opposer aux mariages susceptibles de porter atteinte à l'honneur de la famille ou au bien de l'Etat. C'était un peu vague. Une nouvelle Pragmatique, celle du

28 avril 1803, devait refondre tout le système des autorisations en matière de mariage et l'établir sur des bases solides.

Cette législation nouvelle, dont les Cortés de 1818 demandèrent l'application à la Navarre, s'inspire d'un double principe : elle fixe des majorités matrimoniales différentes suivant la proximité de parenté ou la qualité des personnes appelées à donner leur consentement, et dispense ces mêmes personnes d'avoir à justifier leur opposition. Sur ce second point, les Codes civils français et espagnols devaient d'ailleurs être en parfait accord.

Nous croyons utile d'insérer ici le texte de cette Pragmatique, ce qui nous dispensera de tout commentaire :

« DÉCRET ROYAL : En présence des avis qui m'ont été donnés par mes conseillers de Castille et des Indes, sur la Pragmatique des Mariages du 23 mars 1776, ordonnances, résolutions postérieures et informations diverses que j'ai tenu à bien réunir, j'ordonne que ni les fils de famille mineurs de vingt-cinq ans, ni les filles mineures de vingt-trois, à quelque classe de l'Etat qu'ils appartiennent, ne peuvent contracter mariage sans autorisation de leur père. Celui-ci, quand il jugera nécessaire de s'opposer aux projets de ses enfants, ne sera pas tenu d'en donner la raison. Les fils majeurs de vingt-cinq ans et les filles de vingt-trois pourront se marier de leur plein gré. S'il n'est pas possible d'obtenir le consentement du père, celui de la mère devra être demandé, mais en ce cas, garçons et filles pourront se marier librement un an avant d'avoir atteint leur majorité matrimoniale normale. Si le consentement du père ou de la mère ne peut être requis, celui de l'aïeul ou, à défaut, de l'aïeule, devra y suppléer. Mais en ce cas, l'âge de la majorité matrimoniale sera abaissé de deux ans, pour les filles comme pour les garçons. Enfin, en l'absence d'ascendants, le tuteur ou à défaut de tuteur, le juge du domicile, seront appelés à donner leur autorisation qu'ils n'auront pas à motiver ; toutefois, en cette hypothèse, les jeunes gens ayant vingt-deux ans et les jeunes filles vingt ans accomplis pourront se marier à leur fantaisie. Les personnes qui, pour se marier, doivent solliciter ma royale autorisation, ou celle du Président du Conseil privé, ou de leurs chefs directs, devront s'occuper au préalable d'obtenir le consentement

des personnes sus-indiquées. Ils devront en outre indiquer l'état et la qualité de la personne avec laquelle ils désirent convoler. Et bien que normalement les père, mère, aïeuls ou tuteurs ne soient pas tenus d'indiquer aux mineurs des âges ci-dessus indiqués, les motifs qui les déterminent à refuser leur consentement, ceux-ci pourront néanmoins, s'ils appartiennent à la catégorie des personnes qui doivent solliciter ma royale autorisation, en appeler à ma Cour, au Président du Conseil privé ou à leurs chefs hiérarchiques qui décideront, après enquête, du point de savoir s'il peut être suppléé à ce défaut de consentement. Un recours analogue est ouvert aux personnes appartenant aux autres classes de l'Etat: elles pourront s'adresser aux Présidents des Chancelleries et Audiences royales (Cours d'Appel) qui procèderont de la même manière. Les vicaires ecclésiastiques qui auraient célébré un mariage non autorisé dans les conditions qui viennent d'être indiquées, seront bannis et verront leurs biens confisqués. Les époux contrevenants encourront les mêmes peines. Aucun Tribunal ecclésiastique ou séculier de mes Etats ne pourra connaître d'une cause matrimoniale, si l'union dont il s'agit n'a pas été célébrée par une personne compétente et par acte public. Ces instances seront toujours considérées comme purement civiles, et jamais comme des affaires répressives ou de nature mixte. »

Les questions relatives au consentement en matière de mariage se trouvaient donc, de par ce texte, définitivement éclaircies, en Navarre et dans les provinces basques comme dans le reste de l'Espagne. Avec cette législation disparaissaient les inégalités qui, nous dit Alonso, avaient existé dans le haut Moyen Age entre les mariages de gentilshommes et les mariages de laboureurs.

Il résulte du texte de la Pragmatique de 1803 que les unions que des mineurs irrespectueux contractaient sans le consentement de leurs pères n'étaient pas annulées, mais que des sanctions étaient édictées à l'encontre des époux contrevenants et du prêtre qui les avaient mariés. Ces sanctions n'étaient pas inscrites dans les anciens Fors, qui, tout comme les Coutumes de Soule et de Labourd, ne prévoyaient dans cette hypothèse que deux mesures: l'exhérédation de l'enfant désobéissant et la privation de toute dot. La première était d'une application générale dans toutes les provinces basques.

La seconde était particulièrement redoutée des cadets et plus spécialement même des haut-navarrais, car dans cette province, ainsi que nous le verrons, les parents se trouvaient pratiquement obligés de doter à la fois filles et garçons. Elle jouait aussi dans d'autres hypothèses graves, de nature à entraîner l'exhérédation de l'enfant, par exemple quand il maltraitait gravement son père ou sa mère ou se livrait à la prostitution (B. N., XXIV, 4). Ce système était partout admis, même en Castille où on considérait la dot comme une sorte d'avancement d'hoirie (MORALES, *op. cit.*, p. 170).

SECTION II

CÉLÉBRATION DU MARIAGE

Parlant du consentement des époux nécessaire à la constitution du mariage, nous avons dit, au début du présent chapitre, que le sacrement du mariage ne résidait primitivement que dans l'échange solennel des consentements, le prêtre n'intervenant que pour bénir le nouveau couple. La modification qui s'est produite sur ce point dans la doctrine de l'Eglise catholique paraît avoir été déterminée par l'accroissement du nombre des mariages clandestins (*matrimonios à yuras*), lesquels, répétons-le, étaient à l'origine parfaitement légitimes. Consacrés par voie de serment mutuel, ils produisaient les mêmes obligations qu'un mariage solennel. C'est ainsi que le For de Burgos permettait à l'évêque d'obliger un père de famille marié clandestinement à reprendre la vie commune. Souvent même, ce *matrimonio a yuras* était célébré en présence d'un prêtre, mais cette condition n'était pas nécessaire : il suffisait que les contractants eussent l'*animus matrimonii*, l'intention de se prendre pour mari et femme ¹. Il ne faut donc

1. C'est pourquoi des auteurs de très bonne foi n'ont voulu voir dans la Barraganie, v. *infra*, chap. vi) que la pratique généralisée des mariages clandestins. La volonté de Sanche le Sage, les efforts du clergé et le sentiment religieux des Navarrais ne parvinrent qu'incomplètement à triompher de vieux usages qui n'étaient plus en harmonie avec les mœurs du Moyen Age. Ceci nous explique la raison pour laquelle, lorsque le For avait encore sa puissance, les personnes les plus honnêtes et les plus élevées ne manquaient pas de stipuler dans les actes de fiançailles que le mariage serait célébré religieusement, selon le For de l'Eglise (*según el Fuero de la Iglesia*) ou la loi de Rome (*según la ley de Roma*).

pas s'étonner de voir, comme nous l'indique B. de Lagrèze (*op. cit.*, II, 168), le For de Navarre n'exiger aucune intervention du prêtre dans la célébration du mariage, qu'il considère comme un contrat civil. (Cf. art. 7, tit. II de la Constitution des 3/14 septembre 1791.) Cela ne veut pas dire que le For de Navarre ait sécularisé le mariage, mais signifie simplement qu'il n'exigeait pas l'intervention du prêtre comme condition de validité, à une époque où cette intervention n'était même pas exigée pour la validité de l'acte religieux. Précédant l'Eglise qui devait plus tard réglementer elle-même la célébration du mariage *in facie ecclesiæ*, le For primitif ne faisait qu'édicter des formalités qui devaient aux yeux du public marquer d'une façon plus nette le nouvel état des époux dans la société.

La pratique des mariages clandestins, imprégnée de l'esprit religieux qui régnait au Moyen Age, n'offrit pas, tout d'abord, d'inconvénients graves. Mais elle ne devait pas tarder à donner lieu à des abus : des jeunes gens s'épousaient secrètement pour se soustraire à quelque empêchement dirimant ou prohibitif. Le pouvoir civil réagit, puis l'Eglise, avec les décisions du Concile de Trente et la décrétale *Ne temere*. En Espagne, les lois de Toro se plurent à souligner sur ce point la prépondérance des législations particulières des différents Fors, sur la loi des Parties. Les mariages clandestins furent punis très sévèrement : les contractants et leurs témoins encoururent les peines de la confiscation et du bannissement. Seul le mariage solennel pouvait produire des effets civils, comme exemple émanciper le conjoint mineur ou lui ouvrir droit à l'usufruit de son pécule adventice. Le Concile de Trente et la décrétale *Ne temere* marquent le début de ce que certains auteurs appellent l'époque canonique. Philippe II d'Espagne s'empressa de promulguer les dispositions adoptées au Concile de Trente comme lois du royaume. Elles le demeurèrent en effet jusqu'à la publication de la loi sur le mariage civil du 18 juin 1870 ¹.

1. Cette loi ne devait demeurer en vigueur que cinq ans (jusqu'en février 1875). Elle n'accordait d'effets qu'au seul mariage civil, le mariage canonique étant considéré (comme chez nous depuis le Code civil) comme extra-légal. Cette loi s'inspira d'ailleurs des dispositions du droit canonique. Mais elle indisposa la majorité du peuple espagnol dont elle blessait les traditions. Le clergé continua à célébrer

L'âge requis pour la célébration du mariage demeurait fixé, d'après le Concile de Trente, à quatorze et douze ans. Cette célébration devait être précédée de trois publications faites à l'église pendant trois dimanches consécutifs (disposition reproduite dans le For de Basse-Navarre, XXV, 1, 2). Mais ce n'est guère qu'à partir du XVI^e siècle que les registres constatant les mariages et les naissances seront régulièrement tenus dans les paroisses. Auparavant, un certificat de l'évêque, délivré sur l'attestation des deux témoins qui avaient assisté à la bénédiction nuptiale, servait de base à l'état civil.

C'est aussi à partir du Concile de Trente qu'un mariage putatif ne fut considéré comme valable que s'il avait été contracté *in facie ecclesiæ*. Un mariage clandestin ne pouvait jamais constituer un mariage putatif.

Quand un mariage était entaché de quelque vice, celui-ci devait être couvert par une nouvelle célébration, ainsi qu'en témoigne l'acte suivant que nous avons relevé dans les archives de Bayonne (G. G. 106, p. 168) : « L'an 1765 et le 19 avril, M^e J.-B. de Hody, avocat au Parlement et dame Marguerite Duthil, tous deux habitant à St. Jean de Luz, ayant découvert qu'il y avait entre eux un empêchement dirimant d'affinité au quatrième degré; qu'ainsi leur mariage était nul en face de l'Eglise, quoique contracté de bonne foi sans avoir connaissance dudit empêchement, les formalité prescrites ayant été observées, comme il conste par l'acte de célébration dudit mariage en date du 5 juin 1764, ils se sont adressés à Mgr. l'Evêque qui leur a accordé la dispense dudit empêchement et nous a commis pour procéder à la réhabilitation de leur mariage. En conséquence, il a été réhabilité dans

le mariage religieux sans s'occuper du point de savoir si les futurs conjoints s'étaient préalablement rendus à la mairie. Des milliers d'enfants naquirent de ces unions irrégulières; un décret du 22 janvier 1875 dut ordonner qu'ils seraient néanmoins considérés comme légitimes et inscrits comme tels aux registres de l'état-civil. D'autre part, cette loi, si imparfaite, avait négligé de reconnaître les mariages canoniques célébrés antérieurement à sa promulgation, si bien que des individus peu scrupuleux en profitèrent pour se marier deux fois, devenant ainsi des sortes de bigames légaux. Un décret du 9 février 1875 mit fin à cet état de choses en restituant au mariage religieux toute sa valeur et tous ses effets, ne laissant subsister le mariage civil qu'à l'usage de ceux qui ne voudraient ou ne pourraient se marier à l'église. L'acte de mariage canonique devait toutefois être transcrit sur le registre officiel dans les huit jours de la célébration. Ce système intermédiaire avait été en vigueur chez nous de 1787 à 1791, pour le mariage des non-catholiques.

l'église cathédrale et paroissiale de cette ville, les parties s'étant donné de nouveau le consentement réciproque et ayant reçu de nous la bénédiction nuptiale en présence de N... et N... témoins qui ont cy signé avec les parties et nous. »

Rappelons que, dans l'ancien droit, les mariages étaient fréquemment précédés de fiançailles où s'échangeaient des promesses solennelles de mariage. Les parents y figuraient pour leurs jeunes enfants et, dès l'âge de sept ans, la fille pouvait faire foi ou promesse de mariage par son serment ou celui de ses tuteurs. La matière des fiançailles, pas plus que celle des contrats de mariage, ne soulevait au pays basque de difficultés particulières et aucun commentateur, qu'il s'agisse de Bela ou de Mourot en France, de Yanguas, d'Alonso ou de Morales pour la Navarre, ne s'en occupe spécialement. Comme partout, les ruptures de fiançailles, sans motifs valables, pouvaient donner lieu à des actions judiciaires; quoique l'ordonnance de 1639, qui interdisait en France de recevoir la preuve par témoins de promesses de mariage, ait fortement contribué à la décadence des fiançailles, en tant qu'institution juridique distincte.

Pour clore cette section, signalons que le législateur réglementait parfois dans nos provinces la célébration du mariage à un autre point de vue: au point de vue des dépenses dont elle était l'occasion. A Bayonne, nous révèle Jules Balasque (III, p. 22), il était d'usage, la veille du mariage, de porter les présents de noces à la cathédrale. On y allait le soir, en grand apparat, torches allumées, parents, amis et voisins faisant cortège; après quoi tout le monde soupait. C'était un gouffre de dépenses. Il fut décidé (nov. 1288) que la corbeille ne pourrait être portée que par un homme, accompagné de douze femmes ou jeunes filles au plus, outre les conjoints. Ces lois somptuaires, particulièrement nombreuses dans nos provinces, n'eurent en général qu'une durée d'application éphémère.

SECTION III

EFFETS DU MARIAGE

En ce qui concerne les droits et obligations qui naissent du mariage, il faut distinguer suivant qu'ils portent sur la personne ou sur les biens de chacun des conjoints. Les effets du mariage propres à la personne des époux, comme l'obligation pour le mari de vivre en compagnie de sa femme, de la protéger, de la nourrir étaient régis par le droit commun et par le droit canonique. Fidélité, secours, assistance, ces devoirs ne sont-ils pas de l'essence même du mariage? Par contre, la gestion des biens de chaque conjoint était dominée par les dispositions particulières de la loi locale.

Au ^{xvi}^e siècle, époque de la rédaction des Coutumes françaises, on considérait comme allant de soi l'obligation pour le mari de nourrir et de vêtir sa femme, de la servir en santé comme en maladie. Il pouvait user à son égard d'un droit de correction modéré. Par contre le For général de Navarre, qui est de beaucoup antérieur, précise même ce qu'il faudra faire si quelque désaccord surgit entre les époux :

« Voici quel est le For des infançons et des laboureurs de Navarre pour se marier d'une manière fixe (*casar ensemble fixos y fixas*). Selon la coutume, les parents du futur et de la future se réunissent en présence de personnes honnêtes (*bonos homes*). Alors on règle les arrhes que l'époux doit donner à la femme, pour les enfants qu'ils auront tous deux ensemble. Il est donné, comme pour tous les contrats en Navarre, des cautions. Les époux doivent vivre ensemble et se maintenir dans le meilleur état possible. S'il s'élève entre eux des difficultés, ils doivent recourir à trois parents de chaque côté ainsi qu'aux trois personnes les plus sages du lieu, et faire comprendre leur vie ¹ à ces braves gens. » (L. IV, tit. I, chap. I.)

Et pour éviter que ne naissent des différends, le For stipule que le mari devra nourrir et vêtir son épouse comme est tenu

1. « ...entender a todos estos bonos homes lor vida. »

de le faire un gentilhomme, et pourvoir à ses dépenses comme tout homme doit le faire. Il lui doit fournir du blé et du vin pour sa nourriture ainsi que certains vêtements sur lesquels le For nous donne d'amusants détails ¹.

Ce n'était là qu'un minimum. Dans un pays où les femmes étaient coquettes, les hommes se montraient beaucoup plus généreux. Le législateur dut intervenir à nouveau, mais cette fois pour prévenir les dépenses excessives des ménages. Charles III, dans une ordonnance relative à Estella, déclare qu'il lui est certifié que la cause reconnue de la pauvreté de la ville est la toilette excessive (*excesivas galas*) des duègnes et autres femmes; il ordonne en conséquence, suivant l'exemple des princes antiques et des rois de Castille et d'Aragon, ses voisins, qu'il est défendu aux duègnes d'Estella de porter sur elles aucun ornement à chaîne, collier ou autre bijou en or ou en argent, excepté des ceintures et boutons d'argent sans dorures. Il défend de porter ni perles ni pierres précieuses, ni toques, boutons de fil d'or ou fourrures de gris. Il ne permet que les fourrures de loutre ou d'hermine, mais seulement pour orner le bord des manteaux. Il interdit tout vêtement ou étoffe de pourpre, d'or ou de soie. Il autorise ceux de ses sujets qui ont en leur possession de semblables vêtements de les porter jusqu'à usure, mais il défend d'en faire confectionner de nouveaux. Le tout à peine d'incarcération dans la forteresse de la ville.

Un établissement de Bayonne du 3 août 1322 interdit aux dames de la ville de posséder plus d'une robe doublée de vair et de soie, ainsi que plus de trois pailhets (manteaux à capuchon) dont un seulement doublé en soie, sous peine d'une amende de vingt livres morlanes ².

Henri IV, roi de France, aimait à rappeler qu'il n'avait été longtemps que roi de Navarre, et il tenait aux lois de ce royaume. Mais, après avoir défendu à tous ses sujets de porter

1. « ...al ayno una vez un curambre de ensay e una saya ampla con mangas de fustanio, al otro ayno devel dar peynas à estos vestidos de corderunas de yervas que matan por San Juan, é una cinta que es feita de lana que es llamada faysa; en dos anyos no faga por eilla, a veinte dias un robo de trigo conduito, un tocino que coste seis robos de trigo... etc. » (L. IV, t. I, chap. II.)

2. Près de quatre mille francs d'avant-guerre, d'après les calculs de Balasque (*op. cit.*, III, p. 30).

ni or ni argent sur leurs vêtements, il déclare ne pas étendre cette défense aux filles de joie et aux filous « en qui, porte l'édit, nous ne prenons pas assez d'intérêt pour faire l'honneur de donner attention à leur mise ». Nous n'étonnerons personne en disant que toutes ces prescriptions ne donnèrent que peu de résultats et cessèrent vite d'être appliquées.

Le mariage produisait d'autres effets. Dans les provinces basques françaises, fils et filles mariées étaient émancipés : les cadets parce qu'ils quittaient la maison paternelle ; les aînés parce qu'ils acquerraient des droits égaux à ceux de leurs parents (v. *infra*, chap. IV et VII). En Béarn, au temps du commentateur Maria¹, l'usage non écrit était que le mariage émancipât la fille. Il émancipait aussi le fils quand celui-ci avait vécu hors de la maison paternelle pendant un temps plus ou moins long. Mais, à la fin de l'Ancien Régime, le fils, lorsqu'il avait atteint l'âge de vingt-cinq ans, se trouvait émancipé, suivant la jurisprudence du Parlement, et pouvait alors demander à son père la délivrance de ses biens propres pour en jouir entièrement. Solutions analogues dans les provinces basques d'Espagne. Et le jeune Navarrais qui se mariait avant l'âge de vingt-cinq ans était émancipé et pouvait réclamer l'usufruit de son pécule adventice.

Les conséquences du mariage, en ce qui concerne le régime des biens de chacun des époux, feront l'objet de chapitres spéciaux. Nous verrons qu'en Haute-Navarre, le mari était administrateur légitime des propres, ainsi que des conquêts et de ce qui advenait par la suite aux époux à quelque titre que ce soit. Le chap. III, tit. I, l. IV du *Fuero* ne permettait pas à la femme mariée de disposer librement de plus de deux boisseaux de farine (*dos robos de harina*), alors que le chap. VI du même titre l'autorisait à accepter sans permission un héritage mobilier, ce qu'elle ne pouvait faire en Castille. Enfin, dans toutes les provinces basques d'Espagne (et de même en Béarn, jusqu'à l'édit d'Henri IV), la femme ne pouvait s'engager à titre principal pour une obligation antérieurement contractée par son mari ; il lui était toujours possible de se libérer en invoquant le Sénatus consulte Velléen (Alonso, I,

1. Voir la note p. 136.

pp. 158-160). Elle devait solliciter l'autorisation maritale pour accomplir certains actes de sa vie civile.

SECTION IV

DISSOLUTION DU LIEN MATRIMONIAL

Sous le régime du *Fuero General* de Navarre, le mariage était envisagé comme un simple contrat dont la résiliation ne devait pas alarmer les pouvoirs publics, quoiqu'elle eût pour conséquence la destruction de la famille. Les Navarrais admirent facilement la conception canonique du mariage, mais laissèrent subsister quelque temps les dispositions du *Fuero*. Sous Sanche VII le Sage, les Cortés se réunirent à Pampelune et le Roi, sur les instances de l'évêque, abrogea les dispositions du *For* qui permettaient aux nobles de divorcer et autorisaient aussi les vilains à le faire moyennant la cession d'un bœuf à titre d'amende (*un buey de multa*). Il nous apparaît que cette amende avait plutôt le caractère d'une taxe. Les ricoshombrs et les infançons ne renoncèrent pas volontiers aux facilités que le *For* leur accordait, mais ils consentirent à ce que les mariages qui seraient célébrés avec messe ou avec l'assistance d'un prêtre fussent régis par le droit ecclésiastique. Le champ d'action du mariage canonique dut s'étendre de plus en plus, si bien que le mariage, en Navarre, comme dans les autres provinces basques, fut bientôt dominé par les lois en vigueur dans les grands Etats voisins, la France et la Castille.

Nos Coutumes basques françaises ne parlent pas du divorce et paraissent se référer implicitement au droit canonique. Ce divorce (il ne s'agissait en réalité que de la séparation de corps) pouvait être prononcé à la demande de l'un des époux pour adultère ¹, provocation à crime ou délit ou mauvais

1. C'est seulement sous l'influence du christianisme et de la civilisation moderne que les devoirs du mariage et la fidélité conjugale sont devenus également obligatoires pour l'homme et pour la femme. Il ne devait pas en être ainsi dans le haut Moyen Age, car le *Fuero* de Navarre précise que tout homme marié qui a sa femme dans l'enceinte de la ville doit lui être fidèle (*non debe jacer, sino es con cilla* — Lib. IV, cap. III). Ainsi les rois, comme Charles IV le Noble, ne se faisaient point scrupule de profiter de l'absence de leur femme pour avoir d'une autre des enfants dont le *For* ne blâmait pas la naissance. Les particuliers agissaient à l'instar des rois.

traitements. Le divorce par consentement mutuel n'était possible que dans un seul cas : si l'un des conjoints entraînait en religion. Tels furent, en France jusqu'à la loi du 20 septembre 1792 et en Espagne jusqu'au Code civil de 1889, les seuls motifs possibles de divorce ¹.

De même en Béarn, sous l'Ancien Régime, on ne connaissait ni le divorce ni la séparation de biens, mais seulement la canonique séparation de corps et la nullité du mariage qui pouvait être prononcée si les époux étaient parents à un degré prohibé, si la femme était la filleule du mari ou du père du mari, si elle ou son conjoint étaient atteints de quelque infirmité secrète (For de Morlaàs, art. 357). Et le For réformé précise (art. 13, rub. de mari et femme) que si le mariage est dissous par la faute du mari, celui-ci est tenu d'entretenir sa femme sa vie durant ; si c'est la femme qui est fautive et qu'elle soit héritière, elle devra entretenir le mari.



Telle nous apparaît, brièvement résumée, l'histoire de la législation du mariage dans les Pyrénées atlantiques. Elle nous montre comment l'Eglise réussit à expurger les anciens Fors de toutes leurs dispositions incompatibles avec les conceptions nouvelles de stabilité et d'indissolubilité du lien conjugal. Le régime des biens entre époux intéressait moins directement l'Eglise ; il était dominé par des considérations d'ordre économique. Sur ce point le particularisme initial devait donc survivre très longtemps dans la législation des différentes provinces, ainsi que nous le verrons plus loin.



1. Le Code civil espagnol organisait distinctement le divorce des catholiques (art. 80 à 82) de celui des non-catholiques (art. 104 à 107).

CHAPITRE VI

La Barraganie



L nous faut dire quelques mots de cette institution très particulière, d'autant plus que nous rencontrons certains textes des Fors de Navarre et des autres provinces basques espagnoles qui nous parlent des enfants d'un homme libre et d'une barraganie.

Qu'était-ce donc que la Barraganie ?

C'est une sorte d'état intermédiaire entre le mariage et l'union libre, assez répandu au Moyen Age dans toute l'Espagne, et non pas seulement dans les provinces basques. Par contre, on ne le rencontre dans aucune des Coutumes françaises voisines. Les textes le définissent comme étant l'union d'un célibataire, clerc ou lai, et d'une femme également libre sous certaines conditions de permanence et de fidélité.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur l'étymologie du mot. Pour certains, il dériverait du bas latin *bargania* (contrat), parce que la barraganie était un véritable pacte. Pour Eguilaz (*Glossaire*, p. 342), il procéderait du mot arabe *baleg* (adulte, célibataire), parce que les barraganes étaient célibataires et pubères. Enfin, pour la loi des sept Parties, dont le père est Alphonse le Sage, *barragana* est un nom composé de deux mots : *barra*, qui en arabe veut dire en dehors, et *gana* (du latin *ganare*) qui signifie *ganancia* (profit)¹. Ces deux

1. Comme de Lagrèze (*op. cit.*, p. 189), nous sommes peu porté à admettre qu'un mot puisse se composer de deux termes empruntés à des langues aussi dissemblables que l'arabe et le latin. D'ailleurs, *gana* n'est pas latin. Cicéron emploie le substantif *ganeca* et Pline celui de *ganenum*, dans le sens de « maison de débauche ».

mots, joints, désignent une « union faite en dehors des mandements de l'Eglise, et c'est ainsi que les enfants de barraganes sont appelés *hijos de ganancia* » (*Siete Partidas*, I, tit. XIV, loi 1).

La barraganie se présente donc comme une sorte de pacte de fidélité et d'assistance intervenant entre un homme et une femme. Il ne semble pas possible d'établir, ainsi que certains auteurs ont voulu le faire, un rapprochement entre la barraganie et le mariage clandestin (*matrimonio á yuras*), union sans solennité, mais licite et réglementée par l'Eglise, et dont il appartenait aux évêques d'apprécier les circonstances de nature à l'autoriser¹. Sempere² nous affirme, un peu imprudemment peut-être, que la barraganie était « une espèce d'union conjugale ressemblant beaucoup au mariage, par les conditions qui lui étaient imposées ».

Les auteurs du Dictionnaire de l'Académie n'ont pas échappé à la tentation de considérer la barraganie comme une sorte de mariage légitime de second rang, erreur qui paraît provenir de l'interdiction qui était faite à chaque homme d'entretenir plus d'une barragane. Et d'invoquer un texte du Concile de Tolède (I, chap. XVII) : « Si celui qui a une épouse fidèle prend une concubine, qu'il soit exclu de la communion. Si celui qui n'a pas de femme prend comme épouse une concubine, qu'il soit admis à communier, pourvu qu'il se contente d'une seule femme, épouse légitime ou concubine, comme il lui plaira. » Les commentateurs expliquaient que la concubine n'était pas une courtisane, mais une femme mariée, *secundum legem matrimonii*, qui n'était pas admise à toute la dignité du mariage (*infra tamen dignitatis uxoris*).

Il est cependant un fait certain, c'est que l'Eglise n'admit jamais ces unions comme légitimes et n'accepta aucune transaction entre le libertinage effréné et le libertinage assujéti à des règles fixées par la loi. La barraganie était bel et bien un concubinage; l'homme pouvait abandonner sa concubine quand il lui plaisait, il devait même le faire, selon les lois de l'Eglise, s'il était clerc.

1. V. sur ce point MARINA : *Essai historique et critique sur le droit civil*, I, 262 (Madrid, 1834).

2. *Hist. du droit espagnol*, liv. I, chap. xx.

Il en était de même pour la barragane; et cependant celle-ci perdait le bénéfice de certains droits si un laps de temps d'au moins une année ne s'était pas écoulé depuis le début de l'union.

Ce concubinage n'était pas reconnu par la loi, mais seulement toléré, pour éviter de plus grands maux, tels ceux résultant de la prostitution. Ceci s'accorde parfaitement avec le texte de *las Partidas* qui s'exprime ainsi: « La Sainte Eglise est contraire aux barraganes que nul chrétien ne doit prendre, puisqu'on vit avec elles en état de péché mortel. Mais les ancêtres qui firent les lois consentirent à ce que quelques-uns puissent en entretenir sans encourir de sanctions de la part du pouvoir civil (*que algunos las pudieren haber, sin pena temporal*) parce qu'ils pensaient que c'était un moindre mal d'entretenir une seule femme que plusieurs et afin que la filiation des enfants à naître de ces unions fût mieux établie. » (*Partidas*, IV, tit. XIV.)

Au point de vue historique, la barraganie paraît procéder du concubinat romain. Le *Digeste* (I, 38 et 57) défendait aux gouverneurs romains de se marier ou de marier leurs fils avec des femmes de leur province. On craignait les abus d'autorité parce que l'administrateur pouvait être terrible. *Potet esse terribilis*, disait Théodose.

Mais les Romains prenaient en pitié les malheureux gouverneurs ainsi condamnés au célibat. Parmi les présents en nature que les provinces devaient leur fournir, on trouve souvent une concubine.

Urena ¹ veut voir l'origine de la barraganie dans le mariage islamite: en droit musulman, l'esclave était affranchie si un fils naissait de son union avec le maître. Mais cette opinion ne nous paraît pas acceptable :

1° parce que la barraganie n'était pas un mariage, ainsi que nous l'avons déjà dit;

2° parce que, en droit musulman, les enfants ainsi nés du maître et de l'esclave étaient considérés comme légitimes, alors que ceux de la barragane ne l'étaient pas;

3° parce qu'Alphonse le Sage, ainsi que nous le verrons,

1. *Littérature juridique*, p. 328 (Madrid, 1898.

s'inspire très nettement, dans les dispositions de *las Partidas* consacrées à la barraganie, de l'esprit des lois romaines sur le concubinat;

4° et enfin parce que dans les Fors de cette époque, rédigés en latin, barraganes et concubines sont considérées comme synonymes. (Loi 7, tit. V, liv. III du *Fuero Juzgo*; Loi 3, tit. VIII, liv. IV du *Fuero Real*.)

Les Fueros municipaux renferment un grand nombre de dispositions sur la barraganie. Celui de Zamora permet d'insituer héritiers les enfants d'une barragane; la barragane qui était demeurée pendant un an avec le même homme conservait, lors de la séparation, les vêtements et objets qui lui avaient été donnés. Le caractère de permanence de cette union apparaît encore plus nettement avec la *carta de companeria*, appelée aussi *carta de Avila*, et publiée en annexe à la loi 1, t. V, l. V du *Fuero Viejo* de Castille. Il y est dit que celui qui prend une barragane déclare la recevoir pour compagne de pain, de table et de couteau pour toute la vie (*companera a pan et mesa, y cuchillo por todos los dias que el viviese*).

Le *Fuero* de Plasencia dispose que la barragane qui prouve sa fidélité à son maître hérite de la moitié des acquêts. Les Fueros de Cuenca (liv. 37, chap. XI) et de Baeza interdisaient aux hommes légitimement mariés de prendre barragane sous peine de fustigation, et le For de Cuenca (l. 30, chap. X) autorise la barragane enceinte à réclamer des aliments à la mort du maître: on prend vis-à-vis d'elle les mêmes précautions que lorsqu'il s'agit d'une veuve dans une situation analogue.

Quant aux droits successoraux des enfants de barraganes, la règle générale était qu'ils n'existaient qu'autant que le défunt ne laissait pas d'enfants légitimes (*Fuero* de Sepulveda, liv. 61). Mais cette règle souffrait des exceptions nombreuses. Selon le For de Soria (liv. 328), le père pouvait disposer de son vivant, et en leur faveur, de la quarte partie de ses biens: par testament il pouvait leur laisser ce qu'il voulait, à condition qu'ils fussent nés avant ses enfants légitimes. Les Fors de Logroño, de Burgos et d'Ayala les admettaient à la succession conjointement avec les enfants légitimes, à moins qu'ils n'aient été antérieurement apportionnés. A défaut

de descendants légitimes jusqu'au quatrième degré, les enfants de la barragane succèdent. (Fors de Soria, Alcala, Burgos, Caceres, etc.) Le For général de Navarre leur concédait des droits particulièrement importants (v. *infra*, chap. XVIII).

Le titre XIV, partie IV de *las Partidas* est consacré à la barraganie. Alphonse X, comme nous l'avons dit, s'est inspiré pour une grande part des lois romaines. C'est ainsi qu'il était défendu à tout gouverneur de province, pendant la durée de ses fonctions, de contracter mariage. Mais il pouvait prendre barragane.

La loi 1 dispose que toute femme ingénue, affranchie ou serve peut être barragane. Cependant les illustres, comme les rois et les comtes, ne pouvaient choisir leur barragane parmi les personnes viles. Les enfants issus de ces unions prohibées n'étaient pas même traités comme des enfants naturels, mais comme des dégénérés (*espurios*). La loi 2 dispose que la future barragane ne doit pas être vierge, ni mineure de douze ans, ni veuve honorable (*viuda honesta*). Cette dernière pouvait devenir barragane en revendiquant expressément cette qualité, mais elle s'interdisait alors de contracter une nouvelle union légitime.

Il est interdit aux hommes mariés et aux clercs d'entretenir des barraganes et aux autres de prendre pour barragane une parente jusqu'au quatrième degré. La barragane doit être telle que celui qui l'a choisie eût pu l'avoir pour épouse. Aux termes de la loi 1, titre VI, livre III du *Fuero Real*, les enfants de la barragane, en concurrence avec les enfants légitimes, ne peuvent recevoir plus du cinquième de la succession du père commun. En l'absence d'enfants légitimes, ils peuvent, en qualité d'héritiers institués, prendre la totalité de la succession.

La barraganie des ecclésiastiques était formellement interdite par la loi 18, titre IV, livre III du *Fuero Juzgo*, interdiction renouvelée dans les lois 43 et 44, titre VI, livre I de *las Partidas*. La licence des mœurs, à cette époque, ne rendait pas inutiles de semblables prohibitions, à en juger par le terme *uxor* qui revient souvent dans les cartulaires et pièces d'archives ecclésiastiques de ce temps. Mot qui eût pu, à vrai dire, ne pas désigner la barragane, mais la gou-

vernante de l'ecclésiastique, l'*ama de llaves* comme disent les auteurs espagnols. Malheureusement, et jusqu'au XIII^e siècle, les Fueros parlent si souvent des fils de prêtres, qu'il n'est pas douteux que cette expression de fils ne désigne de véritables enfants naturels, car ces textes n'eussent pas édicté des dispositions aussi caractéristiques s'il ne s'était agi que de fils spirituels. Ils reconnaissent auxdits enfants le droit de succéder à leurs pères, clercs, et à ceux-ci le droit de les instituer héritiers ¹.

La législation de *las Partidas* fut impuissante à mettre fin à ces abus auxquels les Conciles, entre autres celui de Valladolid en 1228, et les Cortés (de Valladolid en 1351, de Soria en 1380) s'efforcèrent de mettre un terme. En fait, ce fut à Ferdinand d'Aragon et à Isabelle la Catholique qu'en revint le mérite. Des souverains vertueux, la lutte contre les Maures et l'éveil d'un idéal national, la mise à l'honneur des vertus publiques et privées avaient forgé aux Espagnols une âme nouvelle et créé un climat favorable à l'action législative (lois 23 et 24, tit. III, liv. I de l'ordonnance de Montalvo; art. 3 à 5, tit. XXVI, liv. XII de la *Novísima Recopilación* de Castille).

La lutte persistante menée contre la Barraganie par le pouvoir civil et une grande partie du clergé finit donc par triompher. La vieille coutume commençait à être abandonnée quand les résolutions du Concile de Trente (1545-1563) adoptées dans toute l'Espagne comme ayant force de loi, firent disparaître, en la condamnant, toute union de l'homme et de la femme en dehors du mariage légitime et solennel. A partir de ce moment, les dispositions des anciens Fueros consacrés aux barraganes, pour n'être pas abrogés expressément, n'eurent plus qu'un intérêt purement rétrospectif.

1. Lorsque, en 1535, saint Ignace de Loyola revint en Guipuzcoa, sa province natale, il réussit à réformer les mœurs des ecclésiastiques qui vivaient, la plupart, dans un libertinage patent (*Vie des Saints*, t. V; 1739). En 1696, le For de Guipuzcoa rappelle que pour ne pas ternir le lustre nobiliaire de la province, les fils d'ecclésiastiques sont exclus des charges publiques, nonobstant toute légitimation ou dispense contraire (N. R. des Fueros de Guipuzcoa, t. XLI, chap. XI; Tolosa, 1696). C'est une remarque à faire, dit Cordier (*Organisation de la famille chez les Basques*, p. 20) que, dans les pays de fortes croyances, les mœurs du clergé sont souvent médiocres, car elles peuvent l'être sans danger pour la foi. L'incrédulité exige plus de tenue de la part des clercs.

CHAPITRE VII

L'autorité maritale et le régime des biens entre époux dans les provinces basques françaises

NOTRE Code civil entend par « puissance maritale » l'ensemble des droits qui appartiennent au mari comme chef du ménage, sur la personne de sa femme d'abord, et aussi sur ses biens, de par le pouvoir dont il jouit d'autoriser son épouse à faire certains actes : acquérir, aliéner, ester en justice, hypothéquer. Au pays basque français, sous l'Ancien Régime, les droits du mari sur la personne de sa femme étaient assez limités, par les mœurs sinon par les textes. Quant à ses pouvoirs sur les biens de son conjoint, leur consistance tenait essentiellement à la qualité de ce conjoint (aîné ou cadet) et, pour une faible part, au régime matrimonial adopté, car celui-ci était à peu près le même pour tous. C'était le régime dotal, avec une communauté d'acquêts plus ou moins apparente, suivant les régions.

On peut donc dire qu'au pays basque, la puissance maritale, entendons par là l'autorité dans le ménage, dépendait étroitement de l'exercice du droit d'aînesse, sans distinction de sexe, particulier à nos provinces. Il en résultait que la puissance maritale ou la qualité d'époux dotal pouvaient appartenir, dans le ménage, tantôt à l'homme et tantôt à la femme. Aussi, pour éviter d'avoir à nous répéter trop souvent, étudierons-nous dans ce même chapitre, la puissance maritale et le régime des biens entre époux.

La situation des enfants différant profondément, suivant qu'il s'agissait d'aînés ou de cadets, quatre hypothèses peuvent être envisagées au point de vue des mariages et de l'administration des biens : 1° l'union entre deux héritiers ; 2° entre un héritier et une cadette ; 3° entre un cadet et une héritière ; 4° entre un cadet et une cadette. Nous les examinerons successivement en autant de sections différentes, en étudiant plus spécialement, sous la seconde section, les questions relatives à la constitution et au sort de la dot apportée par la femme. Une cinquième section sera, de même que la section quatre, consacrée à l'administration des biens de la communauté existant entre les époux. Ce que nous dirons de la dot de la femme pouvait, à peu de choses près, s'appliquer à la dot du mari, de même qu'à la situation de l'époux dotal au pays basque espagnol. Nous avons cru cependant nécessaire, pour la clarté de l'exposé, de traiter distinctement l'aspect espagnol de la question.

SECTION I

MARIAGE ENTRE DEUX HÉRITIERS

Ce genre d'union était, en fait, très rare. Il avait en effet le grave inconvénient d'amener la fusion de deux maisons et, par contre coup, l'extinction de l'une d'elles. Aussi, vu le grand soin avec lequel ils se préoccupaient d'assurer la conservation des familles, la législation et plus encore l'usage étaient hostiles à ces mariages. Les anciens Basques, dont les mœurs étaient simples et frugales, ne visaient pas à faire de grandes fortunes qui auraient concentré les biens dans quelques mains, ils voulaient seulement maintenir dans leur intégrité les anciens domaines. En outre, chacun des époux hésitait naturellement à sacrifier la maison dont il portait le nom. E. Cordier raconte, à ce sujet, qu'une fois, dans la Soule, un mariage ayant eu lieu entre un héritier et une héritière, aucun d'eux ne voulut quitter sa demeure pour aller habiter dans celle de l'autre ¹. La superstition s'en mêlant à son tour, les populations se

1. *Le droit de famille aux Pyrénées*, p. 49.

persuadèrent facilement que le mariage d'un héritier avec une héritière portait malheur aux deux époux.

Lorsque, par exception, une union était contractée entre un héritier et une héritière, il n'y avait guère, à proprement parler, de puissance maritale, car l'autorité dans le ménage était partagée entre les deux époux, chacun ayant le droit de disposer des biens qui lui appartenaient, de les aliéner et de les hypothéquer (sous certaines réserves), ainsi que d'élever et de doter ses propres frères et sœurs plus jeunes. L'autorisation de chacun des parents devait être nécessaire pour permettre aux cadets de quitter la maison natale.

SECTION II

MARIAGE ENTRE UN HÉRITIER ET UNE CADETTE

Le mariage entre l'héritier d'une maison et la cadette d'une autre maison ou, inversement, celui intervenant entre une héritière et un cadet, constituaient les formes les plus fréquentes d'unions conjugales. Cette coutume présentait, au point de vue moral, l'avantage de conférer au mariage un caractère assez désintéressé, au moins d'un côté. En effet, l'héritier ne choisissait pas pour femme une héritière, c'est-à-dire une personne pouvant lui apporter une fortune à peu près équivalente à la sienne, mais une cadette dont la dot était forcément assez modique. Il en était de même de l'héritière qui n'épousait aussi qu'un cadet. Il est donc probable que les considérations d'argent jouaient un moindre rôle qu'à notre époque et que les qualités personnelles des deux époux entraient davantage en ligne de compte. La vigueur, la beauté, de bonnes mœurs, voilà ce qu'on demandait à l'époux adventice ¹. La cadette entre dans la maison du mari sans y acquérir une grande autorité: pas plus que dans sa famille d'origine, elle n'occupera la première place. Elle perd son nom pour

1. Dans le langage des Coutumes, l'époux adventice ou dotal s'opposait à l'époux héritier ou propriétaire. La qualité d'aventice était celle de l'époux advenu sur l'héritage de son conjoint (CORDIER, *op. cit.*, p. 103).

prendre celui de la maison ; sa personnalité s'efface devant celle du mari héritier, qui, avant comme après le mariage, conserve tous les droits, non seulement sur les biens de la maison, mais encore sur la dot que sa femme lui apporte.

Les deux époux étaient mariés sous le régime dotal, combiné, dans le Labourd, la Soule et la Basse-Navarre, avec une société d'acquêts. Ce régime dotal différait d'ailleurs sensiblement, comme nous le verrons, de notre régime dotal actuel, notamment au point de vue de l'inaliénabilité et du sort de la dot. Les règles étaient à peu près les mêmes pour l'héritier qui épousait une cadette que pour l'héritière qui se mariait avec un cadet, si ce n'est que cette héritière avait alors l'autorité dans le ménage, toujours en vertu de cette idée que la prépondérance appartient à l'époux propriétaire.

A) *Constitution de la dot*

L'époux adventice, mari ou femme, apportait une dot à son conjoint. Aujourd'hui, nous sommes habitués à considérer comme une sorte d'axiome le principe d'après lequel la constitution de la dot ne peut exister que de la part de la femme ou à son profit. Cette erreur, qui résulte d'un abus d'expression, n'est pas le fait des juristes, mais de la masse du public. La dot n'implique en elle-même aucun monopole féminin ; au pays basque comme dans les provinces voisines qui s'inspiraient des mêmes principes successoraux : Béarn, Lavedan, Bigorre, ce n'était pas toujours la femme qui apportait une dot à son mari, mais c'était souvent le mari qui avait une dot, au sens étroit du mot, et l'apportait à son épouse. Le mari pouvait, comme la femme indifféremment, être dans le ménage l'époux dotal ; tout dépendait de la situation qu'il occupait dans sa famille d'origine. « La dotalité du mari, incertaine dans le Béarn, nous dit E. Cordier, est parfaitement établie chez tous les Basques de France où elle accompagnait, de temps immémorial, le droit d'aînesse sans distinction de sexe »¹. D'ailleurs, les règles concernant les dots des hommes étaient à peu près les mêmes que celles s'appliquant aux dots des femmes.

1. *Le droit de famille aux Pyrénées*, p. 81.

Le mot dot était même parfois masculin. A Barèges, il était masculin quand il s'agissait de l'apport du mari, et féminin quand il s'agissait de celui de la femme ¹. La même règle s'appliquait souvent aussi dans le pays basque, mais pas toujours cependant : on trouve des écrits où ce mot est toujours masculin, d'autres où il est toujours féminin.

Mais il n'y avait pas que cette petite différence de terminologie. « Pour que la constitution au mari eût les caractères et les effets d'une dot, dit Perrin, il fallait que cette constitution contînt le mot « dot » ou « pour aide et support du mariage » sans que ces expressions puissent être remplacées par des équivalents ; tandis que pour donner le caractère de dot aux biens ou deniers constitués à une femme en faveur du mariage, il suffisait que son intention ou celle du constituant eût été de dotaliser les biens ou deniers constitués, de quelque expression qu'on se fût servi. »²

Mourot analyse scrupuleusement les règles qui président aux constitutions de dots. Celles-ci pouvaient être faites avant ou même pendant le mariage (de nos jours, l'art. 1543 du Code civil s'oppose à ce que la dot soit constituée ou augmentée durant le mariage ³. Elles l'étaient le plus souvent par contrat de mariage : les parents ou l'aîné du cadet qui se mariait s'engageaient par contrat à lui payer une dot déterminée. Si plus tard ils ne tenaient pas leurs promesses, l'autre époux avait une action pour les y forcer. Cette action se prescrivait par dix ans en Basse-Navarre.

Les parents devaient, autant que possible, doter leurs cadets au moyen de biens acquêts, pour ne pas diminuer le patrimoine familial. Si les acquêts n'étaient pas suffisants, les parents pouvaient prendre sur les biens avitins, mais ils ne devaient le faire qu'avec modération, et en tenant compte des

1. « La dot est destinée à supporter les charges du mariage. L'héritière recevait le mari chez elle et lui donnait jusqu'à son nom. C'est lui qui devait une dot. Ce mot se retrouve dans la Coutume avec cette particularité qu'il est masculin lorsqu'il s'agit de l'apport du mari et féminin quand il s'agit de l'apport de la femme. » (DE LAGRÈZE : *Hist. du droit dans les Pyrénées*, p. 217).

2. P. 243 du cours de législation de Perrin, professeur à l'Université de Pau (1726-1793).

3. Cette disposition découle du principe de l'immutabilité des C. M. dont l'ancien droit ne se souciait que médiocrement. Rares étaient dans nos provinces les appels au crédit, et, partant, peu fréquents les dangers que la dotalité pouvait présenter pour les créanciers.

charges de leur maison. Remarquons, par ailleurs, que les acquêts entrant ainsi dans la constitution de dot, changeaient en quelque sorte de nature et étaient assimilés à des propres. Si l'époux doté décédait sans enfants, sa dot devait, comme nous le verrons, faire retour au propriétaire de la maison d'où elle était sortie, tout comme les biens avitins.

Les dots avaient en général un caractère mobilier. Au XVII^e siècle, époque où vivait le jurisconsulte Bela, elles consistaient moitié en argent monnayé et moitié en bétail. Peut-être qu'à une époque plus ancienne, la monnaie étant plus rare, les dots étaient payées exclusivement, ou à peu près, en bétail, en instruments de culture et en meubles proprement dits (le cadet qui se mariait apportait généralement un lit qui était compris dans la dot). La restitution de la dot était garantie par une hypothèque sur les biens de l'autre époux (N., XXV, 11; Soule, XXIX, 21 à 23).

Il arrivait parfois que la constitution de dot ait lieu au moyen d'un arrangement de famille appelé *biscamby*¹. Dans deux familles où il y avait plusieurs enfants, l'aîné ou aînée de chaque maison épousait un cadet ou une cadette de l'autre. On convenait que les cadets qui changeaient ainsi de maison seraient substitués l'un à l'autre pour les droits pécuniaires dont ils jouissaient dans leur famille. On évitait ainsi le paiement des deux dots. Ces doubles unions, assez fréquentes au pays basque et en Béarn, notamment dans le Lavedan, n'étaient cependant pas spéciales au pays, car on retrouvait des règles analogues dans le Bourbonnais et le Nivernais. (VIOLLET: *Hist. du droit civil*, p. 535.)

Des donations en faveur du mariage pouvaient être faites aux nouveaux époux par d'autres personnes de la famille ou par des étrangers. Le donataire ne pouvait aliéner sans autorisation les biens qui en étaient l'objet.

Les Coutumes du versant français sont muettes sur la fixation du quantum de la dot, qui devait, en pratique, être proportionné à la fortune des parents et à l'importance des maisons. On admettait que la dot de l'enfant devait équivaloir au moins à sa légitime. Mais elle pouvait être supérieure.

1. On en rencontre encore de nos jours. V. *infra*, chap. XXV.

A la différence des textes haut-navarrais, aucune procédure n'était prévue, sur ce point, entre les parents constituants et l'époux doté. Sans doute, les sentiments d'affection que ces personnes avaient les unes pour les autres, suffisaient-ils pour y mettre fin. L'enfant pouvait apporter en se mariant son pécule personnel (pécule profectice), pour autant que ses parents voulaient bien lui en laisser la disposition. Il advenait aussi que la dot fût constituée, non par les parents ou les collatéraux, mais par... le séducteur. Le For général de Navarre, rédigé en 1608 sur l'ordre d'Henri IV, dit en propres termes : « Lui-même la doit doter (la jeune fille) et s'il ne la veut ou ne la peut prendre pour femme, lui donner un domaine raisonnable, selon la qualité de sa personne et à discrétion du bailli. »

Signalons enfin que le fait, pour les cadets, de se marier sans le consentement de leurs parents, ou de méconnaître leur autorité, pouvait avoir pour conséquence de les priver de leur dot. Nous retrouverons cette question au chapitre de la puissance paternelle.

B) *Administration de la dot*

L'époux adventice apportait une dot à son conjoint et venait habiter dans sa maison. Si cet époux adventice était une cadette, c'était naturellement le mari qui avait autorité dans le ménage, mais ses pouvoirs étaient loin d'être absolus. Le mari ne devenait pas propriétaire de la dot de sa femme, comme en droit romain ; il n'en était que l'administrateur. La dot n'était pas absolument inaliénable, mais le mari basque ne pouvait vendre les biens, dotaux et paraphernaux, qui lui avaient été apportés en mariage par son épouse, sans son consentement, ni la femme héritière sans l'autorisation de son mari (Labourd, IX, 6 ; Soule, XXIV, 5 ; Basse-Navarre, XXV, 18) ¹.

1. Le mari ne peut faire aucune vente ou aliénation de « biens assignez au mariage si la femme n'y consent, ni aussi la femme sans le consentement du mari » (Lab., IX, 6).

« Mais cette assignation finie (à la dissolution du mariage) si ce sont des acquêts (si la dot a été constituée à l'aide d'acquêts), les premiers acquéreurs, ou leurs héritiers, en peuvent disposer à leur volonté, comme auparavant ladite assignation (Lab., IX, 7 ; Soule, XXIV, 6).

La dot devait supporter les dettes que l'époux doté avait faites antérieurement à son mariage, ainsi que celles afférentes à la nourriture des enfants (S., XXIV, 20; Lab., IX, 16). Les pouvoirs d'administration de l'époux héritier sur la dot étaient assez réduits, étant donné l'existence d'une institution spéciale aux provinces basques françaises: la co-seigneurie, dont il sera question plus loin.

Les textes relatifs aux effets de la puissance maritale sur la personne étaient rares en Béarn. Il semble cependant résulter d'un art. du For de Morlaàs (l'art. 292) qu'en cas de désunion, le mari pouvait signifier à sa femme d'avoir à reprendre la vie commune. En revanche, il est incontestable que l'autorisation maritale était toujours nécessaire à la femme pour contracter ou ester en justice, ou encore pour renoncer valablement à une succession à elle échue par droit de « primesse » (d'aïnesse) aux termes de l'art. 16 du For réformé, rubrique « Du marit et molhé ».

L'inaliénabilité dotale était particulièrement accusée en Béarn, où il fut toujours interdit de disposer de la dot à titre gratuit, soit par legs, soit par donation entre vifs. Le mari ne peut vendre la dot, dit l'art. 15 du For réformé, si ce n'est dans les hypothèses où les biens avitins eux-mêmes peuvent être aliénés, pour parer à des nécessités pressantes, telle que celles concernant la vie, la liberté, l'honneur, la subsistance des conjoints ou de leurs enfants, la réparation des pertes causées par la mort du bétail « par maléfice caché ou autrement ». Commentant cet article, Maria¹ nous indique qu'au XVII^e siècle le mari ne pouvait pas plus aliéner qu'hypothéquer la dot, que la femme y ait ou non consenti, et ce, contrairement au système précédemment suivi, ou certains articles du For général permettaient au mari d'obliger ou d'aliéner la dot, avec le consentement de son épouse.

L'art. 254 du For réformé et certaines adjonctions aux Fors de Béarn nous indiquent que la femme dotale jouissait sur les biens de son mari d'un droit de garantie ressemblant

1. Jacques de La Fite Maria (ou Mariaá), jurisconsulte, avocat au Parlement de Navarre, est l'auteur d'un important ouvrage écrit de 1730 à 1750 et resté manuscrit: *Mémoires et éclaircissements sur les Fors et Coutumes du Béarn*. La bibliothèque de la Cour d'appel de Pau en possède un exemplaire de 552 pages avec annotations marginales.

fort à une hypothèque générale. Elle pouvait l'opposer aux créanciers postérieurs à la célébration du mariage, à moins qu'elle ne se fût elle-même expressément obligée comme débitrice principale ou caution.

Puis deux Règlements de 1644 et 1656 étendirent au mari le bénéfice des sûretés accordées à la femme pour la conservation de sa dot. Elles consistaient dans le droit qu'avait la femme de se faire assigner une portion suffisante des biens de son mari, à titre de garantie, si la mauvaise administration dudit mari mettait la dot en péril. Cette garantie fut donc accordée, *mutatis mutandis*, au mari dotal, à ses enfants et à ses proches ayant droit de retour, bien que les textes des différents Fors ne parlassent que des femmes qui apportaient une dot à leur époux ¹.

Enfin, un règlement de 1668 décide que les enfants successeurs aux dots et qui les conservent au préjudice des créanciers postérieurs, les retiendront sans distraction des portions que les légitimaires auraient déjà reçues ². C'est ce privilège exorbitant qui fait dire à Mourot que la dot est en Béarn un patrimoine inaliénable, sorte de fidéicommis graduel et perpétuel, tant qu'il reste des descendants du mariage.



Revenons aux Coutumes basques. Le versement de la dot déterminait l'ouverture d'une situation assez singulière, que l'on appelait la « co-seigneurie ». L'époux adventice ne demeurait pas propriétaire de sa dot, qui, une fois remise à son conjoint héritier, était affectée par celui-ci à l'utilité générale de la maison. Moyennant quoi, ce conjoint héritier devenait co-propriétaire, avec son père, de la maison de famille, et co-seigneur des biens dépendant de ladite maison. Cette institution originale, complément du régime dotal basque, appelle quelques explications qu'il nous faut dès à présent donner; nous aurons d'ailleurs l'occasion d'y revenir à propos de la puissance paternelle basque et de ses limites.

1. *Compilation d'aucuns privilèges et règlements du pays de Béarn*, Rub. 38, art. 3 et 4.

2. *Ibid.*, art. 6.

« Cette co-seigneurie, nous dit Mourot, aux termes de l'art. 8 du For de Navarre, rubrique « De Pay et Filh », n'a lieu néanmoins que pour les biens avitins et ceux qui peuvent avoir été vinctés par le contrat de mariage¹; elle transporte aux jeunes époux la propriété absolue de la moitié des biens qui en sont l'objet, de manière que, suivant l'art. 11 de la même rubrique, ils peuvent en demander le partage en supportant de leur côté la moitié des dettes, charges et impositions dont les biens sont responsables. Ils peuvent aussi hypothéquer cette moitié des biens en vertu de la co-seigneurie, quand bien même il n'y aurait pas de partage, ainsi qu'on le recueille de l'art. 13 de la même rubrique. »

Ainsi donc, le maître jeune n'entre en possession de la moitié divise des propres de la famille que sous une condition préalable : la dot du conjoint doit être remise aux parents pour être employée aux nécessités de la maison. « Et ladite dot sera employée par lesdits père et mère propriétaires à racheter des pièces aliénées des dépendances de leurs maisons, à payer les dettes, à marier leurs fils et filles . . . et du restant de ladite dot, lesdits père et mère propriétaires pourront disposer en bons pères de famille. (Basse-Navarre, XXIV, 9.) La dot était donc, en quelque sorte, le prix de la propriété des biens acquise aux jeunes époux.

Mais ce droit de disposer de la dot, pour étendu qu'il fût, ne dispensait pas les parents de l'époux héritier d'avoir à la restituer (ou ce qui en restait), si leur enfant venait à décéder sans postérité ou si leurs petits-enfants étaient morts sans laisser de descendance (Lab., IX, 15; Soule, XXVII, 35; B. N., XXV, 5).

Le partage des biens de lignée s'explique par l'importance des patrimoines et par un souci de bonne exploitation. Il n'avait ordinairement lieu que pour ceux qui comprenaient plusieurs habitations : la surveillance devenait plus active quand le maître ancien et le maître jeune avaient chacun

1. Traduisons : pour les biens de famille et ceux qui peuvent avoir fait l'objet d'une clause d'immobilisation. Ces biens étaient réputés inaliénables, mais l'inaliénabilité des premiers découlait de la Coutume, et celle des seconds de la volonté de l'homme.

une exploitation sous leur dépendance directe. S'il n'y avait qu'une seule maison, ils s'en partageaient la jouissance.

Ce partage avait lieu en principe par moitié. « L'aîné ou aînée qui a donné le mariage (la dot) à ses père et mère, ou la moitié au survivant, s'il veut demeurer à part peut, si bon lui semble, leur demander, ou au survivant, partage, et il doit lui être donné la moitié des biens de ligne à part et divis et porte la moitié des charges qui sont sur iceux, et l'autre moitié demeure à ses père et mère ou au survivant. » (Lab., IX, 18.) Voilà donc l'obligation de partage nettement établie pour les parents ayant reçu la dot ou pour le survivant quel qu'il soit: propriétaire ou adventice.

Une estimation s'avérait nécessaire: elle était, en Basse-Navarre, l'œuvre d'experts choisis à l'amiable ou que l'on faisait désigner par le Conseil de la Chancellerie. Ces experts divisaient les biens en deux lots entre lesquels les parents pouvaient choisir pendant trois jours. Passé ce délai, l'option appartenait aux enfants (B. N., XXIV, 12).

Voici d'ailleurs quelles étaient, d'après les différentes coutumes, les règles suivies relativement à ce partage :

1° L'héritier a encore son père et sa mère. En ce cas, il doit leur remettre la dot tout entière de son conjoint; il n'a droit qu'à la moitié des biens avitins et substitués (S. XXIV, 21 et 22; Lab., IX, 18; B. N., XXIV, 11).

2° Seul l'un des époux survit: mais c'est l'époux propriétaire. L'héritier doit encore lui remettre la moitié de la dot de son conjoint et reçoit en échange la moitié des biens avitins et substitués. (*Ibid.*, Soule, Labourd, B. N.)

3° Si l'ascendant survivant était l'époux adventice de l'ancien ménage, le règlement s'opérait de la même façon en Labourd entre lui et l'héritier; mais en Basse-Navarre et en Soule, l'héritier ne lui devait que le quart de la dot et avait droit, par contre, aux trois quarts des biens. « Le premier fils ou fille, dit la Coutume de Navarre, héritier ou héritière qui a baillé la dot de son mariage à ses père et mère, ou la moitié au survivant propriétaire, ou la quarte à l'adventice, pourra demander sa portion s'il veut demeurer à part, et il lui sera baillé la moitié des avitins en part, lui supportant la moitié de charges d'iceux, l'autre moitié demeu-

rant à ses père et mère ou au survivant d'entre eux; et si le survivant est adventice, les trois quarts demeurent au fils ou fille, et le quart au survivant. » (B. N., XXIV, 11; S., XXIV, 21 et 22.)

Les biens sur lesquels portait la co-seigneurie et qui avaient fait l'objet d'un partage étaient presque indisponibles entre les mains de leurs propriétaires anciens et nouveaux. Les père et mère, après le partage, ne pouvaient vendre ni hypothéquer leur portion sans le consentement de l'héritier: « En cas que l'on fasse desdits partages entre les survivants père et mère et l'enfant primogénit, les biens de la succession de papoage et avitins le survivant ne peut aucunement aliéner, hypothéquer, ni obliger la moitié des biens qu'il a eus en partage. » (S., XXIV, 25; Lab., IX, 21.)

L'indisponibilité de ces biens était d'ailleurs simplement renforcée plutôt que créée par la co-seigneurie. En effet, même si l'héritier n'était pas marié, les parents ne pouvaient pas aliéner les biens avitins sans son consentement, à moins que ce ne fût pour fournir une dot ou en cas de nécessité urgente: en dehors de ces hypothèses, la vente faite sans le consentement de l'héritier était nulle. « L'on ne peut vendre, hypothéquer ou autrement aliéner les biens papoaux et avitins si ce n'est par assignation de mariage ou urgente nécessité, et aliénations autrement faites sont nulles et de nul effet et valeur si ce n'est qu'elles soient du consentement de l'aîné émancipé ou du plus prochain qui, par la Coutume, doit succéder. » (S., XVII, 1; Lab., V, 1.) On peut donc dire que le droit de co-propriété de l'héritier existait déjà en fait avant son mariage, puisque les biens avitins ne pouvaient être vendus sans son autorisation. Solution analogue en Béarn, où des biens de lignage on ne peut disposer sans le consentement du premier lignager auxquels ils doivent revenir.

Inversement, l'aîné émancipé, marié et établi dans la maison, ne peut céder aucune parcelle de la portion du patrimoine qui lui a été remise, sans le consentement du parent co-partageant, excepté encore le cas de nécessité urgente où il est impossible de ne pas vendre. « Le premier né émancipé peut vendre ses biens, qui ne sont pas de papoage, sans le consentement de ses père et mère, mais non ceux qui sont de papoage

qu'il ne peut vendre sans le consentement desdits père et mère. » (S. XVII, 4; Lab., v, 6.)

Ces dispositions avaient pour conséquence d'investir parents et enfants du droit de se surveiller réciproquement. « Si le survivant commence à mal user des biens à lui advenus dans le partage, et ne les entretient comme il est requis, le primogénit, fils ou fille, peut requérir de lui rendre icelle moitié et qu'il renonce à l'usufruit, offrant le nourrir. » (S., XXIV, 29; Lab., ix, 25.)

« Le survivant peut être à ce contraint, lequel, comme dessus est déclaré, doit être nourri par l'enfant. » (Lab., ix, 26.)

Si ce n'est que le survivant veuille bailler caution suffisante d'entretenir les biens en l'état qu'ils étaient au temps du partage. » (Lab., ix, 27; S., XXIV, 31.)

Ce droit est d'ailleurs réciproque. L'héritier administre-il mal? Le parent survivant peut l'obliger à lui rendre les biens qu'il lui a remis. « Si le primogénit, fils ou fille, n'entretient, ainsi qu'il appartient la moitié des biens de lignée à lui baillée en partage, le survivant père ou mère le peut contraindre, comme est déclaré de l'enfant au survivant. » (Lab., ix, 28; S., XXIV, 32; B. N., XXIV, 8.)

« Ainsi, surveillance mutuelle, conclut E. Cordier ¹: le père ou la mère surveille l'enfant, l'enfant surveille son père ou sa mère. La Coutume qui ne veut que la bonne culture et la conservation des biens, donne le prix au meilleur administrateur. »

Ainsi restreint, le droit de propriété des co-seigneurs se rapprochait plutôt d'un droit d'usufruit que de la propriété telle que les Romains en avaient conçu l'idée, car il n'était pas assorti du *jus abutendi*. Aussi, les Coutumes basques emploient-elles parfois le mot « usufruit » ou le mot « jouissance » au lieu du mot « propriété » quand elles règlent les droits respectifs des membres de la famille sur les biens soumis à la co-seigneurie. En réalité, le véritable propriétaire de ces biens n'était ni le maître ancien ni le maître jeune, mais la famille elle-même, constituant, en quelque sorte, une

1. *Op. cit.*, p. 103.

personnalité vivante qui créait à ses membres des obligations parfois rigoureuses pour assurer sa perpétuité. Le maître ancien et le maître jeune n'étaient guère que des administrateurs et des usufruitiers du patrimoine familial qu'ils avaient reçu de leurs ancêtres et devaient transmettre à leurs descendants.

c) Sort de la dot à la dissolution du mariage

Cette question sera examinée plus loin, lors de l'étude d'ensemble qui sera consacrée à la liquidation du régime matrimonial et au partage des acquêts.

SECTION III

SITUATION DE L'HÉRITIÈRE MARIÉE A L'ÉGARD DE SON ÉPOUX

Lorsque c'était une héritière qui épousait un cadet, le régime matrimonial était le même que pour l'héritier qui se mariait avec une cadette. Mais les rôles étaient complètement renversés entre les époux. C'était alors le mari qui apportait une dot à sa femme, c'était elle qui pourvoyait aux charges du ménage et qui, dans l'association conjugale, jouait un rôle prépondérant. Ainsi se trouve partiellement vérifiée cette remarque de Strabon que « chez les Cantabres, ce sont les femmes qui apportent une dot à leurs maris, ce sont les filles qui héritent de leurs pères ». Le grand ancêtre n'avait que le tort de trop généraliser. On sait depuis longtemps qu'en France toutes les femmes ne sont pas rousses, tous les marins ne portent pas des boucles d'oreilles.

Cette prépondérance de l'héritière se manifeste d'abord par le nom donné au nouveau ménage. Alors que dans la plupart des provinces de France et d'Espagne, un usage constant donne à la femme qui se marie le nom de son mari, quoique légalement le mariage soit sans influence sur son nom patronymique, au pays basque, au contraire, le cadet qui épouse une héritière prend le nom de sa femme. C'est

généralement le nom de leur mère que porteront plus tard les enfants, à moins que ce ne soit celui de la maison où ils sont nés. Ce n'est plus l'héritière qui prend le nom de son mari, c'est elle qui lui donne son nom. Elle le fait même participer à sa condition sociale: si elle est noble et que son mari soit roturier, elle l'anoblit en l'épousant. Quant aux enfants, ce n'était pas pour eux une obligation indispensable que de prendre le nom de leur mère, c'était plutôt une pratique introduite par les mœurs pour mieux assurer la conservation des familles et leur perpétuité.

Puis, ainsi que nous le faisons remarquer en tête du présent chapitre, l'exercice de la puissance maritale était une prérogative attachée beaucoup moins au sexe qu'à la qualité de chaque époux. Le conjoint propriétaire commandait dans le ménage. Le mari adventice qui n'avait, en général, en fait de biens, qu'une légitime ou dot assez modeste, devait se considérer comme trop heureux d'avoir été agréé par une héritière qui consentait à l'associer à l'exploitation du domaine qu'elle tenait de ses ancêtres. Il ne gardait même pas la disposition de sa légitime; il devait la remettre aux parents de sa femme, ou même à celle-ci si elle n'avait plus ses parents.

Sans doute, cette dot devait lui revenir, à la dissolution de l'union conjugale, s'il n'y avait pas d'enfants, et sa restitution était garantie par une hypothèque sur les biens de la femme; mais, tant que durait le mariage, il n'avait plus sur elle de droits. L'argent apporté par le gendre devait être employé à des fins d'utilité générale, tout comme l'eût été la dot de la femme: payer les dettes qui pouvaient grever le patrimoine de l'héritière, ainsi que la moitié des dettes communes, améliorer le fonds, éventuellement même, doter les beaux-frères et belles-sœurs. (S., XXIV, 20; Lab., IX, 16; B. N., XXIV, 9.)

La dot du mari se trouvait donc absorbée dans la fortune de sa femme et, le plus souvent, à titre définitif, soit qu'elle passât aux enfants, soit qu'elle servît à l'extinction de quelque passif. « Mari et femme qui ont apporté dot ne sont pas préférés aux créanciers antérieurs qui ont expresse hypothèque », dit l'art. 11, rub. XXV des Fors et Coutumes de Navarre. On estimait que le conjoint mâle devait se trouver suffisam-

ment indemnisé par le fait d'être logé, nourri et entretenu, quoique cependant son travail fût exclusivement consacré au profit de la maison de son épouse.

Nous savons qu'en Béarn, l'autorité maritale était plus solidement assise, s'il faut en juger du moins par l'art. 292 du For de Morlaàs, d'après lequel le mari peut, en cas de désunion, contraindre sa femme à cohabiter avec lui. Cette situation était-elle conciliable avec un régime de dotalité maritale? Il semble que nous devons l'admettre, étant donné la grande analogie des règles successorales basques et béarnaises. D'autre part, la dotalité du mari n'est exclue par aucun des articles du For réformé (rub. « De marit et molhé ») qui ne parlent que de la dot apportée par la femme, sans doute parce que c'était là le cas le plus général. On peut ajouter que l'art. 8 de la même rubrique s'occupe expressément de la dot du veuf remarié ¹.

Le mari dotal ne peut pas, bien entendu, obliger sa femme à quitter sa maison, même pour cause d'incompatibilité d'humeur avec ses beaux-parents. Il n'a même pas le droit de s'en aller lui-même habiter ailleurs. Le gendre se doit à la maison qui l'a reçu, il se doit à sa femme et à ses enfants. Son devoir est de rester après le décès de l'héritière pour les élever et les diriger; à ce moment, il obtient certaines compensations que nous étudierons au chapitre suivant.

Cette privation de biens des droits, tant comme époux que comme père, a pu faire croire à certains que le mari adventice ne jouait auprès de sa femme qu'un rôle très secondaire. On a même écrit que, dans le Lavedan, il n'était en somme que le premier domestique de l'héritière, son berger ou, tout au plus, son intendant. Venu dans la maison riche de sa cape et de sa houlette, ou avec une faible légitime, il n'avait apporté que sa personne, son travail et l'espoir d'une postérité. On ne le considérait pas beaucoup ². Il n'apparaît pas que l'on puisse juger aussi défavorablement la condition de l'adventice au pays basque, dont les Coutumes non seulement sont

1. « Et si l'un ou l'autre convuola a segondas nopces et si ha enfantz de l'autre maridadge, recrubara tan solamentz la mieytat deu dot per luy portat et l'autre mieytat demora per los enfantz deu prume maridadge. »

2. CORDIER: *Le droit de famille aux Pyrénées*, p. 54.

d'esprit plus libéral, mais encore étaient adoucies par les mœurs.

D'abord le mari adventice, même dotal, avait l'administration des acquêts dans le Labourd et la Navarre. Du moins le pensons-nous, car les Coutumes la lui attribuant ne font pas de distinction entre le cas où il est propriétaire et celui où il est adventice. « Des acquêts meubles et immeubles le mari peut disposer entre vifs à son plaisir et volonté. » (Lab., IX, 1; B. N., XXV, 2.) C'est un retour aux règles normales du droit d'après lesquelles, dans le ménage le rôle prédominant appartient au mari¹. Celui-ci, en Soule, ne pouvait disposer librement que de la moitié des acquêts lui revenant (S., XXIV, 18). On peut se demander dans quelle mesure ces pouvoirs du gendre étaient compatibles avec la situation prépondérante de l'héritière dans son ménage. Ce n'est qu'un argument en faveur de l'hypothèse d'après laquelle les règles relatives aux acquêts auraient été introduites, probablement lors de la rédaction des Coutumes, dans le vieux droit basque où elles ne devaient pas exister primitivement.

Ensuite, et par la force même des choses, une certaine division des attributions s'opérait entre le gendre et son épouse. L'héritière dirigeait la maison, mais c'était le mari qui s'occupait des affaires extérieures. C'était elle, non le mari, qui personnifiait la maison; c'était à elle de recevoir et de rendre ces compliments de joie et de deuil qui accompagnent les grands événements de la vie privée. Cependant, elle fait assumer par son conjoint les devoirs qu'elle ne peut remplir elle-même; elle le délègue pour la représenter aux Assemblées de chefs de maison². De plus, c'est généralement le mari qui s'occupe de la culture, tandis que la femme se spécialise dans les travaux d'intérieur.

Enfin, si l'héritière avait le droit d'aliéner ou d'hypothéquer, sous les réserves que nous avons indiquées, ses biens avitins, l'usage s'était établi de demander au mari de concourir à l'acte. Sans doute, l'autorisation maritale n'était pas nécessaire en droit, mais les personnes qui contractaient avec

1. On peut disposer librement des acquêts, dit aussi le For de Morlaàs. Mais des biens de lignage on ne peut sans le consentement du premier lignager auxquels ils doivent revenir.

2. V. *infra*, chap. I, section III.

la femme tenaient à s'assurer de l'assentiment du mari, pour plus de garantie, tout comme, de nos jours, l'acquéreur d'un immeuble du mari sollicite de la femme renonciation à son hypothèque légale.

Quoi qu'il en soit, la supériorité de l'héritière sur son mari était incontestable: c'était elle qui détenait la puissance maritale. Les Coutumes basques la mettent sur un pied d'égalité absolue avec l'homme au point de vue capacité: elle consent au mariage des enfants, dispose de sa part d'acquêts et oblige son mari pour les opérations relatives à son commerce (si elle est commerçante: Lab., IX, 9; S., XXIV, 8). Il faut voir là une des applications les plus remarquables du principe de l'égalité entre les sexes admis par le droit basque.

L'héritière témoignait beaucoup de respect à son mari, qu'elle ne tutoyait point, à moins qu'elle ne fût de son âge et n'eût été élevée avec lui dans la familiarité des montagnes. L'atmosphère d'affectueuse déférence dont elle l'entourait compensait, jusqu'à un certain point, le peu d'autorité réelle que la Coutume lui laissait.

SECTION IV

UNION ENTRE CADETS

Le mariage entre cadet et cadette était vu avec défaveur par les Coutumes, tout comme celui intervenant entre deux héritiers. Si ce dernier avait pour conséquence d'amener la fusion de deux maisons, par contre, l'union entre deux cadets avait l'inconvénient de créer un groupe familial nouveau, ce à quoi les Coutumes ne tenaient pas du tout.

Le nombre des maisons devait, en principe, rester toujours le même. La législation tendait au maintien de celles qui existaient, mais ne désirait nullement qu'il s'en formât de nouvelles; elle craignait que, si le nombre des familles augmentait trop, le pays, dont les ressources étaient limitées, ne fût dans l'impossibilité de nourrir sa population. Ces unions entre cadets tendirent cependant à devenir de plus en plus fréquentes, à la fin de l'Ancien Régime. En effet, le mariage

normal entre héritiers et cadets ne permettait l'établissement que de deux enfants par famille : l'aîné (ou l'aînée) qui épousait la cadette (ou un cadet) d'une autre famille, et un cadet qui convolait avec une héritière. Ce n'était pas beaucoup, car, au pays basque, les familles étaient en général assez nombreuses, comme elles le sont encore de nos jours. Lorsque l'industrie était insignifiante, le commerce faible, les relations avec le dehors peu développées, quand l'agriculture et l'élevage constituaient à peu près les seuls moyens d'existence, les puînés restaient généralement groupés autour de l'aîné, seul propriétaire, qui concentrait entre ses mains toutes les ressources de la maison. Seule la vie en commun, génératrice d'économies, permettait à tous les membres d'une même famille de subsister sur un domaine de dimensions le plus souvent médiocres.

Mais avec les progrès de la civilisation et l'établissement d'un pouvoir central qui faisait régner la paix dans le pays, les conditions de la vie devinrent plus compliquées, les communications plus faciles, les relations avec l'extérieur plus développées. Des ressources nouvelles, autres que le seul travail au service de l'aîné, s'offrirent alors aux cadets. Beaucoup quittèrent la maison paternelle pour aller chercher fortune au dehors. Les uns allèrent s'engager dans les régions où la main-d'œuvre manquait, d'autres se placèrent à la ville comme domestiques (les domestiques basques étaient fort recherchés, ainsi qu'en témoignent les comédies de l'époque, dans lesquelles figurent très souvent des laquais basques). Ils excellaient aussi dans les métiers de postillon et de courrier, et on en cite qui accomplirent des exploits extraordinaires pour porter des dépêches pressées. D'autres enfin choisissaient la carrière des armes : c'étaient des soldats robustes et habitués aux longues marches ¹, ou s'adonnaient au commerce qu'ils allaient exercer en France, en Espagne et dans les colonies. De nombreux débouchés s'offraient ainsi aux cadets. D'ailleurs, au moins dans la période la plus récente, ils n'étaient pas trop sacrifiés

1. Apprenant qu'un tournoi de pelote (le jeu national basque) allait être organisé à Baigorri entre Basques français et espagnols, quatorze soldats de l'armée du Rhin décidèrent d'y participer. Ils remportèrent la victoire et rejoignirent leur corps, tout juste pour la bataille d'Austerlitz, ayant parcouru en un mois quinze cents kilomètres. (GERMOND DE LAVIGNE : *Biarritz et autour de Biarritz*.)

à l'aîné. Les parents s'imposaient généralement des sacrifices pour leur donner une bonne éducation et les mettre à même de se procurer une existence honorable. « Il peut arriver, dit Bela, que les père et mère dépensent leurs biens propres pour l'avancement de leurs enfants, ni autrement leur baillent un bon commencement en la société; que lesdits enfants sortent pleins d'honneur, qualifiés et emmoyennés, quoique issus d'une maison qui était et qui est petite. »¹ Les cadets parvenaient parfois ainsi à avoir une condition supérieure à celle de leur aîné. Tandis que celui-ci passait toute sa vie à cultiver la ferme paternelle, eux s'enrichissaient par le commerce ou même embrassaient des professions libérales.

Tout ceci explique la multiplication des unions entre cadets, bien avant la fin de l'Ancien Régime, dans les provinces basques et même en Béarn. C'est probablement la raison pour laquelle les règles de la communauté sont exprimées les premières dans les Coutumes basques, avant celles concernant le régime dotal.

Pourquoi les cadets adoptaient-ils de préférence le régime de communauté? Parce qu'ils étaient sans fortune. « Cette communauté, nous dit Cordier, a existé chez les Basques, mais il faut en chercher l'origine, comme à Barèges, dans les mariages formés entre cadets. Là elle naquit suivant une loi qui se vérifie d'ordinaire, de l'égalité dans la condition des époux, d'une médiocrité commune, d'un commun labeur pour réparer les injustices du sort. Ceux que les Barégeois appelaient *meytadés* ou *sterlots* se nommaient *soult* et *soulte* chez les Basques. »²

Les mots *soult* et *soulte* (*solutus* et *soluta*), qui peuvent à la rigueur se traduire par « solitaires » ou par « célibataires », désignaient en réalité ceux qui étaient détachés de la maison paternelle ou dégagés de la puissance des ascendants ou de la tutelle de l'héritier.

La Coutume de Soule établissait entre eux une communauté très étendue. Elle faisait entrer dans son actif les apports des deux époux, ainsi que les acquêts. « Homme et femme qui, vulgairement, sont appelés *soult* et *soulte*, conjoints en

1. P. 449 du commentaire mns. sur la Coutume de Soule.

2. *Le droit de famille aux Pyrénées*, p. 104.

mariage, sont communs en biens, tant en ce qu'ils s'apportent l'un à l'autre dans le but du mariage, que pareillement en ce qu'ils ont acquis durant le mariage. » (S., XXIV, 1.) La communauté est donc des plus larges, puisqu'elle comprend tout l'apport des époux, sauf, bien entendu, quelque pacte contraire (de substitution ou de retour), « lequel doit être observé et gardé » (S., XXIV, 7).

Le mari jouissait sous ce régime de pouvoirs importants. « Desquels acquêts le mari a l'administration et peut disposer au profit commun de l'un comme de l'autre, à son plaisir et volonté, sans demander consentement à la femme. » (S., XXIV, 1; Lab., IX, 1.) Par contre, les biens assignés au mariage n'étaient aliénables que de consentement mutuel; les biens apportés au mariage ou ceux acquis par le travail de la femme ne pouvaient être vendus par celle-ci sans le consentement de son mari, qui, de son côté, n'aurait pu le faire sans l'assentiment de son épouse (S., XXIV, 5; Lab., IX, 2 et 6). Ainsi nos coutumes faisaient de la Basquaise une véritable associée: cette législation était très en avance sur son temps.

En Basse-Navarre, comme dans le Labourd, la communauté ne comprenait que les acquêts, à la différence de ce qui se passait en Soule (B. N., XXV, 2; Lab., IX, 1). Quant aux apports personnels des deux époux, ils leur restaient propres: aucun d'eux ne pouvait aliéner son apport sans le consentement de son conjoint (Lab., IX, 6).

Ce qu'il faut souligner, c'est que la femme mariée sous le régime de communauté, était soumise à la puissance maritale dans les trois Coutumes basques. Elle ne pouvait faire aucune aliénation à titre onéreux ou gratuit, ni s'engager sans l'autorisation du mari, sauf dans trois cas:

1° Si elle était marchande publique et qu'elle ait contracté pour les besoins de son commerce; 2° si elle s'était obligée pour l'entretien des biens avitins ou vinclés, ou 3° pour la nourriture des enfants. C'est ce que nous disent les Coutumes de Labourd et de Soule (Lab., IX, 9; S., XXIV, 8): « Vente, engagement, donation ou quittance que femme fait à aucun, elle étant mariée, ne vaut au préjudice du mari, si n'est qu'elle fût marchande, et en la marchandise seulement, ou ce fût pour leurs héritages, ou pour la nourriture des enfants. »

L'obligation contractée par la femme, sans l'autorisation de son mari, et en dehors de ces hypothèses, n'était cependant pas nulle; mais elle n'était pas opposable aux époux tant que durait leur mariage; autrement dit, le créancier n'en pouvait poursuivre l'exécution qu'après le décès du mari, comme nous le disent les Coutumes: « Si la femme, n'étant pas marchande, fait dette et obligation qui ne soit au profit du mari, ou pour ladite nourriture, le créancier a son action, après le décès du mari, sur les biens appartenant à la femme, soit décédée, avant ou après le décès du mari. » (Lab., IX, 10 et 11; S., XXIV, 9, 10.)

Donc, les créanciers doivent attendre le décès du mari pour exiger l'exécution des obligations contractées par la femme pendant la durée du mariage. Ils ont une action sur ses biens si elle est décédée, action à vrai dire assez limitée, car elle ne porte pas sur la dot de la femme qui de par sa nature est vinclée (c'est-à-dire inaliénable) en faveur des enfants, s'il y en a, ou réversible aux constituants s'il n'y a pas d'enfants.

SECTION V

EXTENSION DU RÉGIME DE COMMUNAUTÉ DANS LE PAYS BASQUE ET A BAYONNE

Si, en Basse-Navarre et dans le Labourd, la communauté se réduisait aux seuls acquêts, par contre elle n'en restreignait pas l'application, comme dans la Coutume de Soule (S., XXIV, 1), aux seuls cadets. « Homme et femme conjoints par mariage sont communs en biens conquêts, meubles et immeubles, faits par eux durant le mariage. » (Lab., IX, 1; B. N., XXV, 2.) On en a déduit que la société d'acquêts était, dans le Labourd, le droit commun du mariage. Cependant on peut affirmer qu'il n'en était rien, car les art. 15 et 16 du titre IX, consacrés au paiement des dettes, sont rédigés en des termes qui excluent nettement la communauté¹. D'autre part, ce

1. « Si le survivant, du consentement du décédé, a fait aucuns debtes durant leur mariage, doit payer la moitié d'iceux sur son mariage (sur sa dot) qui lui doit être rendue par le plus proche habile à succéder, et en outre iceluy survivant doit payer entièrement tous les debtes qu'il a faits auparavant après ou avant

régime, où le mari était le maître, ne pouvait s'accommoder de la position dominante que la loi et les mœurs faisaient en principe à la femme lorsqu'elle était héritière.

Ce qu'il importe de retenir, c'est que, primitivement, le régime dotal était appliqué strictement dans les unions entre héritier et cadette, héritière et cadet. L'époux propriétaire, quel que fût son sexe, avait l'administration et la jouissance, non seulement de ses biens personnels, mais aussi de la dot de son conjoint : en conséquence, tous les acquêts lui appartenaient. L'époux adventice n'avait droit qu'à la restitution de sa dot, lorsque le mariage était dissous sans enfants, ainsi qu'à des gains de survie parmi lesquels figurait une part des acquêts assez minime. Le progrès des mœurs, l'exemple donné par les ménages de cadets, l'importance croissante des acquêts firent ressortir davantage l'injustice résultant à cet égard de l'inégalité de condition de l'époux adventice. C'est ainsi que le régime de communauté, qui ne s'appliquait d'abord qu'aux ménages de cadets, tendit à s'étendre aux unions entre héritiers et cadettes, c'est ainsi que le droit à une part des acquêts se transforma en un droit de co-propriété au profit de l'époux dotal. Mais le passage d'un régime à l'autre se fit insensiblement, ce qui explique les imprécisions que nous avons relevées, notamment dans les Coutumes de Labourd et de Basse-Navarre, ainsi que les interprétations divergentes auxquelles certains de leurs articles ont donné lieu.

Ce qui tendrait à prouver que ce flottement constaté dans notre législation coutumière était commandé par les transformations de la situation économique et par l'exemple des cadets, c'est qu'en Béarn et dans le Lavedan, pays moins ouverts aux influences maritimes, plus pauvres aussi en beaucoup d'endroits où l'on ne pouvait vivre qu'en communauté, le vieux mariage dotal avait conservé toute sa pureté. Le régime de communauté n'était pas admis par les Fors du Béarn, quoique l'existence des acquêts n'y fit aucun doute. On peut en disposer librement, dit le For de Morlaàs. Mais ils ne profitent en principe qu'au mari (For réformé, art. 1, rub. « Deu marit

le mariage sans le consentement du décédé, si ce n'est qu'ils fussent faits pour nourrir les enfants d'iceluy mariage, car en ce cas se payent par iceluy plus proche. » (Lat., IX, 16.)

et molhé »). Nous n'avons aucune notion sur le régime des mariages que les cadets de cette province contractaient entre eux. Maria indique dans ses *Mémoires* que la communauté de biens, qui n'était pas de Coutume, pouvait être stipulée. L'était-elle en réalité? En tous cas les vieux Fors n'en font pas mention. Tout au plus trouvons-nous certains textes tel l'art. 273 du For général qui accorde au cadet successivement époux de deux femmes, la faculté de laisser les acquêts à l'aîné des enfants issus de l'une ou l'autre de ces unions.



Le régime des biens entre époux à Bayonne présentait de grandes analogies avec celui du pays basque, et nous y retrouvons le régime dotal et la communauté. Mais ce dernier régime était le plus répandu, car il répondait mieux aux conditions économiques, très différentes à Bayonne, ville commerçante et maritime, de ce qu'elles étaient dans le Labourd, la Navarre, la Soule et le Béarn, pays de culture et d'élevage.

L'ancienne Coutume de Bayonne, rédigée en 1273, nous offre une combinaison très curieuse du régime dotal avec la communauté ¹.

Celle-ci ne s'établissait pas entre les époux dès le début du mariage, mais seulement à partir de la naissance du premier enfant, dès qu'il avait crié (Ancienne Coutume, LXI). Jusqu'à la naissance de l'enfant, c'était le régime dotal qui s'appliquait. Voici, n'est-il pas vrai, une conception assez contraire aux idées modernes sur l'immutabilité des conventions matrimoniales !

Ce régime dotal était d'ailleurs assez mitigé. En effet, les époux pouvaient aliéner d'un commun accord les biens composant la dot, tout comme leurs autres biens. Si la dot de la femme était mobilière, elle était garantie par une hypothèque sur les biens de son mari, hypothèque il est vrai assez faible, la vieille Coutume ayant admis comme principe qu'« il était plus conforme à la droiture que les biens de la femme soient

1. Le manuscrit de l'A. C. B. se trouve dans les archives de Bayonne (Bibl. municipale). J. Balasque l'a publié au t. II de ses *Etudes historiques sur la ville de Bayonne*.

en péril plutôt que ceux des créanciers » (A. C. B., LXIII, 1 ; cf. B. N., xxv, 11). Si donc, les biens libres du mari étaient insuffisants pour désintéresser les créanciers, ceux-ci pouvaient saisir ceux d'entre eux qui garantissaient la restitution de la dot, et même, au besoin, les biens apportés par la femme. Cette hypothèque ne conférait donc à l'épouse qu'une sorte de bénéfice de discussion, le droit d'obliger les créanciers à s'attaquer d'abord à ceux des biens de son conjoint qui n'étaient pas affectés à la garantie de la dot. Mais, à la mort du mari, la femme n'ayant plus en face d'elle que des héritiers, pouvait conserver les biens affectés en garantie jusqu'à ce que sa dot lui eût été restituée.

Ce régime provisoire durait parfois tout le temps du mariage. Cela arrivait — assez rarement — lorsque les époux n'avaient pas d'enfants.

Cette façon de fixer le début de la communauté était assez particulière et ne se retrouvait nulle part ailleurs en France, à notre connaissance du moins. Elle peut s'expliquer par le fait que, dans notre ancien droit, le but essentiel et fondamental du mariage est d'avoir des enfants. Tant qu'il n'y en a pas, le mariage a un caractère en quelque sorte incomplet et provisoire. Un régime de biens également provisoire doit correspondre à cet essai de vie commune, conception contraire à la doctrine catholique touchant l'indissolubilité du lien conjugal, mais vraisemblable, car Bayonne existait avant que saint Léon en vint évangéliser les rives. La naissance d'un enfant avait donc pour effet de sceller le mariage et de modifier les droits pécuniaires des deux époux ¹. A partir de ce moment, la dot changeait de caractère et se transformait en un conquêt de communauté. Elle cessait d'être restituable et les immeubles qui lui avaient été affectés en garantie se trouvaient affranchis de l'hypothèque qui les frappait.

L'actif de la communauté comprenait : 1° les biens acquis par les époux pendant le mariage, ou même ceux obtenus par donation, succession, testament ou autrement ; 2° les biens acquis par les parents des époux, à l'exclusion de ceux des grands parents ou d'autres ascendants plus éloignés (biens

1. V. BRISAUD : *Hist. du droit privé*, p. 795.

avitins, papoaux ou de lignage) ; 3° tous les meubles sans distinction d'origine. Le mari avait l'administration des biens communs. Il pouvait disposer librement, à titre onéreux ou gratuit, des meubles mais non des immeubles, sans le consentement de sa femme. Il ne pouvait même pas disposer sans son autorisation de ses immeubles propres, pas plus que la femme n'avait le droit d'aliéner les siens sans l'assentiment marital (LX, 11). Chacun des conjoints ne pouvait, par testament, disposer librement que de la moitié des acquêts.

La femme était en puissance de son mari (*en poder de son marit*). Mais de cette puissance maritale, assez faible, la Coutume ne s'occupait qu'au point de vue des intérêts pécuniaires. Les engagements que la femme prenait seule étaient nuls, mais leur nullité ne pouvait être invoquée que par le mari, et à sa mort les créanciers pouvaient poursuivre la femme.



La nouvelle Coutume de Bayonne, rédigée en 1514, présentait quelques différences avec l'ancienne.

La principale d'entre elles consistait en ce que le point de départ de la communauté coïncidait désormais avec la célébration du mariage. « Conjoints par le mariage, dès la bénédiction nuptiale reçue en face de Sainte Mère Eglise, sont communs en tous acquêts, tant meubles qu'immeubles faits durant et constant leur mariage. » (B., IX, 24.) Le régime dotal provisoire qu'établissait l'ancienne Coutume ne s'appliquait plus.

Le mari avait l'administration des acquêts faits durant le mariage; il pouvait même en disposer librement entre vifs, « nonobstant le contredict de la femme », à moins qu'il ne fût prodigue notoire ou que les acquêts n'aient été gagnés par la femme ou par son industrie pendant le mariage (B., IX, 28, 29). Il ne pouvait par testament disposer sans le consentement de son épouse que de la moitié des acquêts (B., IX, 30) ni, *a fortiori*, aliéner librement les biens avitins. Ces règles étaient à peu près les mêmes que celles des Coutumes basques.

Les dettes contractées par les conjoints durant le mariage devaient être payées: 1° sur les acquêts; 2° à leur défaut, sur les biens avitins de chacun des époux, par moitié, et si l'un d'eux ne pouvait acquitter sa part, sur les biens de l'autre époux plus riche (IX, 33). Les dettes contractées par la femme seule, sans autorisation du mari, n'obligeaient pas celui-ci, à moins qu'elle ne les eût faites comme marchande publique ou dans l'intérêt de la maison (B., IX, 38). Cette dernière restriction donnait à la femme une certaine liberté d'action. Le créancier pouvait actionner la succession de la femme, si celle-ci décédait avant son mari. Sa situation était donc préférable à celle du créancier en Labourd ou en Soule, qui ne pouvait, en tous les cas, rentrer dans ses fonds qu'au décès du mari.

*
**

On voit que la législation bayonnaise, surtout dans son dernier état, s'inspirait d'un esprit beaucoup plus moderne que celui des Coutumes voisines. La femme non mariée était, d'une façon générale, pleinement capable en matière civile. Il n'y a, d'autre part, jamais eu dans les Coutumes basques d'institution analogue à la tutelle perpétuelle des femmes, au *mundium*. Le sénatus consulte velléen qui interdisait à la femme de s'obliger pour autrui était inconnu des Coutumes basques de France, mais était au contraire appliqué dans les provinces espagnoles, ainsi qu'en Béarn, quoiqu'en ce dernier pays la femme mariée pût s'obliger pour son mari, en renonçant au bénéfice du Senatus consulte. Cette institution défavorable au crédit avait perdu beaucoup de sa force, et lorsqu'Henri IV, en 1608, en décréta la suppression, il ne fit qu'étendre à la France entière le bénéfice d'une mesure dont la pratique des juristes béarnais lui avait fait apparaître l'utilité¹.

1. Quoique officiellement abrogé, le Velléen survit secrètement en droit moderne. Qu'est-ce en effet, dit Gide (*Condition de la femme*, p. 456), que l'incapacité de la femme sous le régime dotal, si ce n'est l'ancienne incapacité romaine, la défense d'intercéder pour le mari, jointe à la présomption que tout engagement n'est qu'une intercession en sa faveur ?

CHAPITRE VIII

Sort de la dot et partage des acquêts à la dissolution du mariage



POUR toutes les Coutumes, les droits du conjoint survivant différaient suivant que le mariage se trouvait dissous sans enfants ou avec des enfants. Nous examinerons tour à tour ces deux hypothèses.

SECTION I

LE MARIAGE EST DISSOUS SANS ENFANTS

A) Hypothèse de l'union entre héritier et cadette (ou entre héritière et cadet)

Lors de la dissolution du mariage, par suite de la mort de l'époux propriétaire, son conjoint, qui avait apporté une dot, avait droit à la restitution de celle-ci s'il n'était pas né d'enfants du mariage ou si tous les enfants étaient morts sans laisser de descendance (Lab., XII, 19; S., XXVII, 35; B.N., XXVII, 8). Il avait droit aussi à la restitution de ses meubles, bijoux et effets personnels (très souvent l'époux dotal, surtout si c'était la femme, apportait l'ameublement de la chambre nuptiale). Tous ces biens devaient être restitués, en nature si c'était possible, même les meubles (S., XXIV, 15 et 16; B. N., XXV, 5 et 6). Il en était de même en Béarn, où le veuf (ou ses proches) ne recouvraient la dot qu'autant qu'il

ne demeurait aucun enfant ou descendant né du mariage. Au cas contraire, le veuf (ou la veuve) désireux de se remarier, pouvait reprendre la moitié de son apport (F. R., « de marit et molhé », art. 8), l'autre moitié restant aux enfants du premier lit.

La Coutume de Soule entre dans des explications très détaillées sur la situation faite à l'adventice survivant. « Il gagne la possession et jouissance de la maison et héritage qui lui sont obligés pour la dot (et iceux lui doivent être livrés par la justice), et fait les fruits siens jusqu'à ce que le successeur desdits héritages l'aura payé et lui aura rendu la dot, dont il ne peut prendre possession que sur décision de justice rendue dans les neuf jours de sa demande. » (XXIV, 15.)

« Aussi les lits et habillements lui doivent être rendus, s'ils sont en nature, et la moitié des bestiaux qui sont donnés, étrennes ou joyaux, et de leur suite, s'ils sont en nature. » (XXIV, 16.)

Les autres Coutumes basques donnaient également à l'époux adventice la possession et la jouissance des biens du conjoint qui avaient été affectés à la garantie de la dot, jusqu'à ce que celle-ci lui eût été restituée par l'héritier du défunt. C'était le droit d'emparance ou d'insistance (Bayonne, Soule). Ce droit appartenait aux hommes comme aux femmes pour la restitution de leur dot, tandis qu'en Béarn, où existaient des règles analogues, il n'appartenait qu'aux femmes (For de 1552, XL, 2 et 3).

En plus de la restitution de sa dot, la femme avait droit en Soule au tiers des acquêts, déduction faite des dettes. Le mari adventice était mieux traité à ce point de vue que la femme dotale, car il avait droit à la moitié des acquêts (Soule, XXIV, 18). « *Item* là où il y a des biens acquis par le propriétaire ou adventice, tous deux ensemble par leur industrie et diligence durant leur mariage, en cas de dissolution de mariage sans héritiers issus d'iceux, ou s'il y a enfants, mais s'ils sont décédés: en ce cas, si l'adventice est mâle, il recouvre sa dot et la moitié desdits biens acquis durant ledit mariage, et si l'adventice est femme, elle recouvre sa dot et le tiers desdits biens. » (XXIV, 18.) Ce partage avait un peu le caractère d'une succession: « Quelle que soit la date de tous ces arran-

gements, ils constituent plutôt une succession aux acquêts qu'un partage en suivant la communauté entre époux. »¹

Cette admission de l'époux dotal aux acquisitions du mariage semble bien avoir eu tous les caractères d'une innovation à l'époque où la Coutume fut rédigée. Et Cordier de remarquer que le commentateur Bela apporte toutes sortes de restrictions à cette faveur: d'après cet auteur, les acquêts que fait l'époux propriétaire, tôt après le mariage, des biens de ses ancêtres, lui demeurent propres; seuls les acquêts très postérieurs qui dérivent de l'économie et industrie des deux époux sont communs entre eux; et il est bon que les actes constatent ces acquisitions, mentionnent que l'un et l'autre y ont pris part, tant est forte la prévention en faveur de l'époux propriétaire.

Si la Coutume de Soule stipule pour l'époux adventice un droit aux acquêts du mariage, la Coutume de Labourd n'en parle pas car cette Coutume, nous le savons, instituait un véritable régime de communauté entre les époux. Par contre, il est dit expressément dans le For réformé de Béarn (art. 1, rub. « de mari et femme ») que la femme n'a pas droit aux acquêts du mariage si le mari ne lui en donne par testament. Etant donné l'importance acquise en Béarn par la puissance maritale, il y a lieu de penser que la situation inverse ne devait pas se présenter quand c'était la femme qui administrait la dot (CORDIER, *op. cit.*, p. 72).

*
**

Le droit de demander la restitution de la dot, en l'absence d'enfants nés du mariage, n'appartenait pas seulement à la femme (ou au mari) adventice, mais encore, à son défaut ou s'il négligeait de le faire, à l'héritier de la maison d'où les biens qui composaient la dot étaient sortis. Cette succession anormale était à plusieurs degrés, tant du côté actif que du côté passif. La présence de descendants nés du mariage n'excluait pas complètement le retour de dot, mais celui-ci

1. CORDIER: *op. cit.*, p. 100.

ne s'exerçait que lorsque leur postérité étant éteinte, la dot était sur le point de passer aux mains de collatéraux ou de personnes tout à fait étrangères à la famille du constituant. Ce que nous disons ici du retour de dot vaut donc à peu près pour toutes les hypothèses ou ce droit de retour pouvait être exercé. En Béarn, le droit de retour légal ne s'appliquait qu'à la dot fournie par un ascendant.

Si le mariage se trouvait dissous par la mort de l'époux adventice décédé sans enfants, le conjoint propriétaire devait donc rendre la dot de l'époux prédécédé à l'héritier de la maison de celui-ci. C'était ce qu'on appelait le retour ou la réversion de la dot, parfois aussi le tournedot. Celui qui restituait la dot était désigné sous le nom de tourniste, mais ce mot est également employé pour désigner le bénéficiaire du droit de retour.

Lorsque la dot était sujette à restitution, le conjoint survivant pouvait retenir 30 sols Morlaàs pour frais de son deuil (F. G., art. 255). Le For réformé de Béarn se montre désireux de proportionner l'importance du deuil à celle de la dot : le deuil ne pourra excéder le dixième de la dot (art. 7, rub. « des Dots »).

Il y avait deux sortes de retour de dots : le retour légal et le retour conventionnel. Le premier est celui que la loi prononce ; le second celui que l'on s'est réservé en constituant la dot : tous les constituants pouvaient faire cette réserve. Mourot fait observer que les tournistes recueillaient la dot « non par droit de succession, mais par droit du sang qui suit l'ordre successif établi par la Coutume, quoique d'ailleurs il ne soit pas de même nature ». Le droit de retour n'avait donc pas besoin d'être stipulé lors de la constitution de la dot, et la personne qui recueillait la dot pouvait avoir renoncé à l'héritage de l'époux doté.

En tous cas, le droit de retour est transmissible aux héritiers de celui qui a fourni la dot ¹. Il est exercé lorsque le dernier

1. Actuellement, l'art. 747 du Code civil limite le bénéfice de la succession anormale au seul ascendant donateur. Doctrine et jurisprudence sont d'accord pour admettre que la succession anormale ne s'exerce que par rapport au donataire lui-même. S'il a laissé des enfants qui ont recueilli les biens donnés et qui sont ensuite eux-mêmes décédés sans postérité, le droit de retour légal ne peut pas s'exercer. (Req. 20 mars 1850; D. P., 50 I 145.)

descendant du mariage en faveur de qui la dot a été constituée, décède sans postérité. Le tourniste qui reprend la dot à ce moment peut être, soit le constituant lui-même, soit, s'il est mort, son héritier en ligne directe ou même collatérale, mais non son héritier testamentaire, s'il a institué un étranger, car, nous dit Mourot, le tourniste doit être héritier du sang.

Le droit de demander le retour de la dot durait, en principe, autant que la dot elle-même. Quel que fût le temps écoulé entre la dissolution du mariage et la mort sans postérité du dernier des descendants de ce mariage, le tourniste avait le droit de réclamer la dot lors de la mort de ce descendant. En Basse-Navarre, il devait le faire, sous peine de forclusion, dans l'an et le jour suivant l'ouverture du droit de retour.

En Basse-Navarre, le retour n'avait lieu qu'en faveur de l'aîné seul, sans partage avec les cadets qui en étaient exclus (Règlements de la Navarre de 1705 et 1728), non pour les maîtres vieux et les maîtres jeunes, suivant les principes de la co-seigneurie, mais au profit des maîtres vieux seuls.

Cette disposition est à rapprocher d'un arrêt de la Cour de Pau du 2 juillet 1822 (rapporté par Dupont, *op. cit.*, p. 35). Le dernier descendant d'un mariage conclu sous l'empire de la Coutume, et en faveur de qui une dot avait été constituée avec stipulation de retour, venait de mourir sans postérité. Le droit de retour était donc ouvert. Plusieurs personnes, les plus proches parents au même degré du constituant décédé, se présentèrent pour l'exercer. Fallait-il, suivant les dispositions du Code civil relatives aux successions, en partager également entre eux l'émolument? Voici la réponse: « Attendu que le retour n'est ni un droit de succession, ni de substitution, mais une condition résolutoire dont l'objet est soumis en tout à la loi du contrat (du contrat de mariage), et non à la loi de l'ouverture, et qu'il est donc évident que c'est à l'aîné seul, à celui qui représente le prim, qu'appartient le droit de retour, et que les autres co-héritiers ne peuvent y prétendre... » Et la dot d'échoir aux descendants de l'aîné du constituant. Cet arrêt, assez curieux, en ce qu'il écartait l'application d'une disposition du Code civil, tenait compte de l'intention du constituant qui, en stipulant le retour, a entendu que son *prim* seul en recueille le bénéfice.

En vertu des principes qui précèdent, il pouvait arriver qu'un héritage se trouvât grevé de plusieurs tournedots : celui de la mère, de la grand'mère, de la bisaïeule, etc... Comme il n'y avait plus de descendants, chaque dot remontait et revenait à l'héritier de la maison d'où elle était sortie. Ces tournedots superposés qui constituaient un tempérament à la vieille règle coutumière : « propres ne remontent », étaient assez fréquents. Les héritiers d'une personne décédée sans postérité se voyaient donc souvent privés d'une grande partie de la succession, par suite de l'obligation de restituer la dot aux tournistes. Aussi leur permettait-on d'imputer sur cette dot les frais funéraires.

B) *Dissolution d'une union contractée
entre deux cadets*

Les choses se passaient différemment lors de la dissolution du mariage de deux cadets. L'époux survivant, en Basse-Navarre, héritait de la dot de son conjoint prédécédé, ainsi que de la totalité des acquêts, à moins qu'il n'en eût été convenu autrement par contrat de mariage. Néanmoins, le premier mourant avait pu disposer valablement par testament du quart de sa dot et de la moitié des acquêts (B. N., xxv, 4). Les règles étaient les mêmes quel que fût le sexe de l'époux survivant ; la femme était traitée exactement comme le mari et avait les mêmes droits.

Ce gain de survie légal résultant de l'attribution au survivant des cadets des acquêts et de la quasi-totalité de la dot, ne se retrouvait pas dans les Coutumes de Labourd et de Soule, qui, à cet égard, n'établissaient pas de distinction entre les ménages de cadets et les unions d'héritiers et de cadets. L'époux survivant devait restituer la dot de son conjoint à l'héritier de la maison dont elle était sortie et partager avec lui les biens de la communauté, conformément au droit commun ¹.

Lors de sa restitution, la dot devait contribuer au paiement

1. *Idem* dans la Coutume de Barèges où le survivant des époux communs héritait de la moitié de la dot de son conjoint, s'il n'y avait pas d'enfants, et les parents du défunt de l'autre moitié. Dans l'ancienne Coutume de Bayonne, le survivant avait droit, dans les mêmes conditions, à la moitié des biens de la communauté.

de certaines dettes: « Si le survivant, du consentement du décédé, a fait quelques dettes durant le mariage, il doit payer la moitié d'icelles sur son mariage (sur sa dot) qui doit lui être rendu par le plus proche habile à succéder, et en outre le survivant doit payer entièrement toutes les dettes qu'il a faites auparavant, après ou avant ledit mariage, sans le consentement du décédé, à moins qu'elles ne fussent faites pour nourrir les enfants dudit mariage, car, en ce cas, se paient par iceluy plus proche. » (S., XXIV, 20; Lab., IX, 16.)

Cet article, ainsi que nous pouvons le constater, prévoit le cas où c'est l'époux dotal survivant qui a fait des dettes durant le mariage, avec l'assentiment de son conjoint, l'époux propriétaire. Sa dot devra supporter toutes ses dettes personnelles et contribuer au paiement de la moitié des dettes du ménage, sauf de celles ayant trait à l'entretien des enfants, qui demeurent pour le tout à la charge de la succession de l'époux propriétaire. C'est lui qui avait l'usufruit de la dot; c'était à lui d'en affecter les revenus aux besoins des enfants. La restriction *in fine* des articles précités se justifie donc parfaitement.

SECTION II

LE MARIAGE EST DISSOUS IL Y A DES ENFANTS

En ce cas, les règles étaient sensiblement différentes.

Lorsque le mariage était dissous par la mort de l'époux adventice, sa dot restait entre les mains de son conjoint, qui devait plus tard la remettre aux enfants. Elle passait ainsi aux descendants avec son caractère essentiel: l'inaliénabilité, et cela sans aucune limitation de degrés, par une sorte de fidéicommis graduel et perpétuel. Cette inaliénabilité n'était que relative dans les Coutumes basques; en Béarn, où son caractère était beaucoup plus accentué, un règlement des Etats de 1641 avait fini par la restreindre à la troisième génération inclus, du moins quant aux aliénations à titre onéreux. Les dots redevinrent ainsi également saisissables. Mais il fut

toujours interdit d'en disposer à titre gratuit, par legs ou donation entre vifs ¹.

Quand c'était l'époux propriétaire qui mourait le premier, l'adventice ne recouvrait pas sa dot: c'étaient les enfants qui en héritaient. A titre de compensation, l'adventice jouissait de certains avantages matrimoniaux :

a) D'abord, il avait la jouissance des biens de son conjoint (et non pas seulement des revenus de la dot) jusqu'à ce que l'aîné des enfants fût marié. « Le mari ou la femme survivant, qui est adventice et qui a apporté dot, pour laquelle les biens de l'autre qui est propriétaire, lui sont assignés, possède lesdits biens jusqu'à ce que l'enfant, s'il y en a, soit d'âge et marié. » Soule, XXIV, 11.)

b) Ensuite, après ce mariage, il pouvait continuer à demeurer avec le jeune ménage, ou partager avec lui les biens avitins de l'époux propriétaire décédé. Dans le premier cas, nous dit l'art. 11 précité, « le survivant prend le quart du douaire du mariage de l'enfant et les trois quarts sont pour l'enfant propriétaire ». L'adventice a donc droit au quart de la dot apportée à l'aîné héritier par son conjoint. Dans le second cas, il aura droit, en plus, au quart des avitins, en propriété pour les meubles et en usufruit seulement pour les immeubles. « Et s'ils veulent venir au partage desdits biens, l'adventice aura la jouissance du quart des immeubles durant sa vie, et en propriété le quart des biens meubles. » (Soule, XXIV, 12.)

1. D'après le For général de Béarn, la femme qui se remariait ayant des enfants du premier lit ne pouvait rien recouvrer de sa dot, qui devait être recueillie tout entière, à sa mort, par les susdits enfants. Cette disposition paraissait édictée en haine des secondes noces. Ce préjugé se dissipa peu à peu et l'art. 8 de la Coutume réformée de 1552 décida que le conjoint qui, ayant des enfants d'un premier lit, contracterait un second mariage, conserverait la moitié de sa dot en faveur des enfants qui en naîtraient. Le For ne prévoyant que l'hypothèse d'un seul nouveau mariage, il ne semble pas que la moitié de la dot réservée aux enfants de la seconde union puisse profiter à d'autres qu'à ceux-ci, c'est-à-dire à des descendants de l'époux doté nés d'une troisième union ou de mariages subséquents. Il vaut mieux, en effet, s'en tenir à la lettre du For, les cas omis étant réputés l'avoir été pour une juste cause. — V., *infra*, la solution admise dans la même hypothèse par le législateur haut-navarrais.

Comment la moitié de la dot sera-t-elle, le cas échéant, distribuée entre les enfants d'un second mariage? Puisqu'il n'y a, d'après la Coutume, qu'un seul héritier, l'aîné du premier lit, les enfants du second lit devraient, semble-t-il, succéder par parts égales. Il n'en est rien: chaque moitié de la dot, considérée comme un héritage distinct, sera répartie de la même façon, chaque aîné usant de son droit d'aînesse par rapport à ses frères et sœurs germains. Et le principe suivant lequel il n'y a qu'un seul héritier en Béarn se trouve ainsi respecté.

En Basse-Navarre, l'époux dotal avait droit également, outre le quart de la dot apportée au jeune héritier par son conjoint (ce qui ressort de certaines dispositions de la Coutume), au quart des biens avitins de son conjoint prédécédé, à charge par lui de supporter le quart des charges réelles de ces biens. L'héritier recevait les trois autres quarts, mais non seulement il devait supporter les trois quarts des charges, mais encore nourrir et élever les autres enfants suivant leur état et qualité. (B. N., xxv, 7 et 8.)

La Coutume de Labourd était plus favorable au conjoint adventice survivant. Elle lui donnait droit à la moitié des biens avitins et à la moitié de la dot que l'héritier avait reçue de son époux.

Ces règles de partage n'avaient d'ailleurs que rarement à s'appliquer, car, presque toujours, l'époux dotal restait avec le nouveau ménage. Le partage n'avait lieu que si l'adventice et l'héritier ne pouvaient pas s'entendre.

Si le survivant se remarie, il pourra établir son second conjoint sur la part dont il jouit. Mais, bien entendu, comme il n'a qu'un droit d'usufruit, le droit du second conjoint cesse avec la mort de l'adventice remarié. « Si le survivant adventice veut convoler en secondes noces durant la vie de l'enfant, il peut le faire sur ledit quart; mais après sa mort, le quart desdits immeubles revient à l'enfant. » (Soule, xxiv, 13.)

Cependant, une exception est apportée, tout au moins par la Coutume de Soule, à ce droit du survivant: « Néanmoins, ledit adventice survivant qui convole en secondes noces, ne peut tenir femme ou mari des secondes noces dans la maison dudit partage contre la volonté du gendre ou de la belle-fille propriétaire de cette maison, durant la vie dudit gendre ou de ladite belle-fille, mais alors il prend ledit quart et apporte les fruits où il lui plaît. » (xxiv, 14.)

L'ancien For de Béarn (For de Morlaàs, art. 291) était assez dur pour la veuve remariée qui perdait non seulement le droit de jouir avec ses enfants des biens du décédé, mais encore les dons et legs que son mari avait pu lui faire. Cette dernière disposition disparut avec le For réformé. Mais, d'après ce For (de Pay et Filh, art. 4.), le père qui se rema-

riaît perdait l'usufruit des biens que ses enfants tenaient de leur mère.

c) Enfin, l'époux survivant jouissait de gains de survie. En Béarn où, comme nous l'avons déjà fait observer, le régime dotal avait gardé toute sa pureté, des gains de survie, en l'absence de communauté d'acquêts, étaient assez souvent stipulés par contrat de mariage. On les appelait *augment de dot* lorsqu'ils étaient prévus en faveur de la femme, et *contre augment* quand ils l'étaient en faveur du mari ¹. Les enfants nés du mariage y succédaient, comme à la dot elle-même, indépendamment de leur qualité d'héritiers ou de légitimaires sur la succession du bénéficiaire. Ce dernier pouvait d'ailleurs y renoncer, expressément ou tacitement, avant l'ouverture de son droit. Mourot dit que l'augment était acquis en Béarn « comme par une sorte de succession ». Si le bénéficiaire se remariait, il était obligé d'abandonner à ses enfants les biens qui composaient ledit augment. Il semble que si ces derniers venaient à mourir ensuite, l'époux remarié eût dû le recouvrer, mais la règle « successions ne remontent » s'y opposait.



Sous l'empire de l'ancienne Coutume de Bayonne, quand un des conjoints décédait en laissant des enfants, les biens de la communauté se partageaient en trois parts : un tiers revenait à l'époux survivant, un tiers aux enfants, et le dernier tiers à l'Eglise. C'était la part du mort. (BALASQUE : *Etudes historiques*, t. II, p. 277.)

En outre, la naissance du premier enfant, qui transformait le régime dotal en un régime de communauté, produisait en même temps un autre effet. Elle donnait à l'époux survivant le droit à l'usufruit de la moitié des biens avitins laissés par son conjoint à la dissolution du mariage (Anc. Cout., LXXXI, 1). M. Tessier (*op. cit.*, p. 125) indique qu'une Coutume un peu analogue existait en Angleterre, mais seulement au

1. Sage précaution : car il n'existait pas en Béarn de gains de survie légaux. La quote du conjoint pauvre n'était pas admise par la Coutume.

profit du mari. C'était la « courtoisie d'Angleterre », qui donnait au veuf la dot de sa femme. Comme Bayonne appartenait alors aux Anglais, il est possible que cette institution se soit adaptée au principe de l'égalité entre sexes admis par la Coutume bayonnaise comme par les Coutumes basques, en même temps que sa portée s'atténuait. Ce gain de survie fut maintenu par la Coutume réformée de 1514, qui, bien que fixant le début de la communauté au moment de la bénédiction nuptiale et non plus lors de la naissance du premier né, décide néanmoins que l'époux propriétaire qui survivrait à son conjoint gagnerait sa dot, si du mariage il était né un enfant vivant (B., IX, 12) même si cet enfant mourait avant la dissolution du mariage.

La Coutume réformée suivait, pour le reste, des règles analogues à celles du pays basque. Si l'époux propriétaire mourait sans enfants, son conjoint avait droit à la restitution de sa dot, ainsi qu'à l'emparance et jouissance des biens affectés à la garantie de cette restitution jusqu'à ce que sa dot lui eût été complètement rendue (B., IX, 8). Il recevait également la moitié des acquêts.

S'il y avait des enfants, l'adventice perdait sa dot et recevait en compensation la jouissance, sa vie durant, d'une partie des biens de son conjoint qui variait suivant les circonstances (B., IX, 14 et 17 à 20). Toutes ces règles s'appliquaient quel que fût le sexe de l'époux dotal.



CHAPITRE IX

Biens dotaux et acquêts en Navarre et en Biscaye



ABORDONS maintenant l'étude du régime des biens entre époux dans les provinces basques d'Espagne, où l'ancienne législation forale s'applique encore aujourd'hui : Biscaye et surtout Navarre. Nous ne pouvions en effet, étant donné les développements que nous avons dû consacrer à cette question si importante, nous contenter, dans les deux chapitres qui précèdent, d'allusions brèves au droit en vigueur outre-monts. D'autre part, nous avons déjà vu comment les Navarrais d'Espagne, très traditionnalistes, avaient réussi à conserver, pendant tout le cours du dernier siècle, et à travers mille vicissitudes politiques, une grande partie de leurs privilèges fiscaux et la quasi-totalité de leurs lois civiles propres.

Ce droit privé haut-navarrais ne se présente donc pas, ainsi que nos anciennes Coutumes basques de France, comme un droit mort (du moins légalement), mais comme le droit vivant, le droit officiel, celui que l'on invoque à la barre de la « Audiencia » de Pampelune, celui à l'application duquel devait veiller la Cour suprême, séant à Madrid. A ce droit navarrais, valétudinaire mais encore résistant, nous avons voulu consacrer par déférence, sur cette importante matière, un chapitre spécial. Enfin, tout en soulignant les similitudes qui pouvaient exister autrefois entre ce vieux droit local et les Coutumes basques françaises, nous nous trouverons parfois

amené à indiquer les différences qui, sur tel ou tel point, le séparent du droit commun espagnol.

Le présent chapitre sera divisé en plusieurs sections consacrées à la constitution et au sort de la dot, à la dot constituée par le mari (*arras*), aux donations *propter nuptias*, et enfin au régime des acquêts.

SECTION I

RÉGIME DE LA DOT

Le concept de la dot était quelque peu différent en Navarre et en Biscaye. En Navarre, d'après Morales Gomez, la dot est une certaine quantité de biens que la fille emporte quand elle quitte la maison paternelle pour se marier. Ce mot est donc pris en Navarre dans sons sens restreint. En Biscaye on entend par biens dotaux tous ceux que la femme apporte au ménage, quelle que soit l'époque à laquelle cet apport a lieu. La femme en conserve la propriété et la transmet à ses héritiers lorsque son mariage se dissoud sans enfants légitimes (liv. III, t. XX du *Fuero de Vizcaya*). Tant que dure le mariage, la dot est administrée par le mari, suivant les modalités stipulées au contrat.

Les art. 1336 et 1337 du Code civil espagnol devaient avoir de la dot une conception assez extensive, analogue à celle qui prévalait en Biscaye, puisqu'ils entendent par dot, non seulement les biens et les actions que la femme apporte en se mariant, mais encore tout ce qu'elle acquiert pendant le mariage à titre de succession, legs ou donation à caractère dotal. Cette conception ne pouvait pas gêner les Navarrais, car elle ne mettait pas obstacle à ce que les biens ainsi acquis puissent faire l'objet de désignations d'héritiers (*llamamientos*), de pactes de réversion, etc...

Au pays basque espagnol, comme au pays basque français, le régime matrimonial était une combinaison du régime dotal et de la communauté d'acquêts. Le mariage des nobles était précédé d'un contrat qui renfermait à la fois une constitution de dot faite par le père et la mère à leur fille, et une

donation du fiancé à sa future épouse (*arras*). Mais les inégalités civiles ayant disparu, postérieurement à la période de la Reconquista, il n'y eut plus aucune différence entre le régime matrimonial de l'enfance et celui du roturier.

A) *Constitution de la dot*

Si on considère la dot comme une certaine quantité de biens que la femme apporte pour aider à supporter les charges du mariage, il est aisé de concevoir pourquoi, en raison du régime de libre disposition des biens existant en Navarre, l'obligation de doter leurs filles se soit de bonne heure imposée aux parents.

Jusqu'au Code civil, aucune disposition législative n'édicteait expressément semblable obligation, que certains textes de la Novísima Recopilacion (notamment la loi 5, tit. XI, liv. III) supposaient cependant préétablie par la Coutume. Certains auteurs la considéraient même comme une entorse à la liberté de disposer. En fait, c'était surtout un moyen de parer aux inégalités qui pouvaient résulter de l'application du droit d'aînesse coutumier.

On avait si grand souci d'assurer la situation de la jeunesse et la constitution des familles nouvelles (cette préoccupation se retrouvait chez nous au même degré), que les parents considéraient comme un devoir de conscience de doter leurs enfants, et il ne faut pas s'étonner de voir stipuler dans les contrats de mariage, exactement comme sur le versant français des Pyrénées, que le fils ou que la fille doté ou institué héritier aura la charge de doter à son tour ses autres frères et sœurs.

A défaut de biens libres, la dot devait nécessairement être prélevée sur les biens vinclés. Il semble qu'il y ait eu primitivement quelques hésitations sur ce point, car une loi adoptée par les Cortés de Tudèle dispose que les filles, à défaut de biens libres, seront dotées en biens vinclés. L'article 5, tit. XI, lib. III de la N. R. qui reproduit cette disposition va même plus loin, puisqu'il nous dit que les dots pourront porter sur des biens érigés en majorats (*ú mayorio perpétuo*). La pétition des Cortés soulignait d'ailleurs très justement que ces biens vinclés pouvaient faire l'objet d'une hypothèque garan-

tissant la restitution de la dot, disposition qui militait en faveur de la possibilité de les constituer eux-mêmes en dot. Telles sont les dispositions de ce texte très clair, dont les termes n'appellent aucune observation particulière ¹.

En 1556, les Cortés d'Estella sollicitèrent l'octroi d'une loi qui ne devait s'appliquer qu'à titre provisoire, c'est-à-dire jusqu'à la tenue des Cortés suivantes. Cette loi établissait que les parents ne seraient pas tenus de doter celles de leurs filles qui se marieraient clandestinement, ce dont nous pouvons conclure qu'ils étaient tenus, moralement du moins, de les doter lorsque les projets d'union avaient reçu leur acquiescement. Cette disposition ne s'étendait pas aux fils. Quand, en 1558, les Cortés de Tudèle s'occupèrent de la question de savoir si elle serait maintenue, nous voyons, chose curieuse, les trois Ordres solliciter son maintien vis-à-vis des enfants (*hijos*) et non plus seulement à l'égard des filles (*hijas*), demandant que les parents ne soient pas mis dans l'obligation de les doter (*dotarlos*) quand ils se marieraient contre leur gré.

Mais le décret royal s'en tint à la décision des Cortés d'Estella, qui, de provisoire, devenait ainsi définitive (c'est la loi 1, tit. IX, liv. III de la N. R.). Si bien qu'aucune obligation légale n'existât jamais à l'encontre des parents, de doter les garçons. L'extension du régime dotal des filles aux garçons paraît donc bien n'avoir été l'œuvre que des seules nécessités de fait, peut-être à l'exemple de ce qui se passait de l'autre côté des Pyrénées.

Toujours est-il que l'on trouve dans les contrats de mariage reçus à cette époque (au XVI^e siècle) des donations à charge de doter les petits-enfants, et que cette pratique se confondait

1. « Porque ha habido, y hay dudas, y opiniones diferentes, si a falta de bienes libres, de los vinculados a mayorio perpetuo han de ser dotadas las hijas, nietas, y descendientes legítimas de la persona que lo fundo *in infinitum*. Por evitar aquellos, porque parece mas equo y justo, suplicamos a V. M. mande y ordene por ley que a falta de bienes libres ú de los vinculos, ú mayorio perpetuo sean dotadas las hijas, y nietas, y descendientes legítimas de la persona que lo fundo *in infinitum*, competentemente, si otra cosa en particular no estuviere ordenado por el fundador por palabras claras y espresas. Y que asi bien los dichos bienes vinculados a mayorio perpetuo se hayan podido, y puedan obligar, é hipotecar para restitution de dotes. Y que los pleitos que estan pendientes sobre los dichos casos, aunque esten vistos los procesos, se determinen conforme a esta ley sin que se pueda dar lugar á otro entendimiento, ni interpretacion.

« DECRETO: Visto el sobre dicho capitulo... ordenamos y mandamos, que se haga como el reino lo pide. »

avec celle de la dot ¹, bien que la loi des Cortés d'Estella et les lois subséquentes traitant de la dot, ne parlassent que des filles. Les garçons ne pouvaient donc les invoquer. Mais la pratique s'était instituée de leur faire des donations *propter nuptias* à charge de doter à leur tour, soit leurs autres frères ou sœurs, quand ceux-ci contracteraient mariage, soit leurs propres enfants. Cette obligation était purement conventionnelle.

Par contre, quand une promesse de dot avait été faite à une fille, il était permis aux époux d'en poursuivre l'exécution, quelle que fût la forme, écrite ou verbale, de cette promesse, et ceci conformément aux dispositions de la loi 6, tit. XI, liv. V du Code de Justinien.

L'art. 1340 du Code civil espagnol a consacré l'obligation du père, de la mère ou du survivant d'entre eux de doter leurs filles légitimes, hormis le cas où leur consentement étant requis pour la célébration du mariage, elles se marieraient sans l'obtenir.

Tout ce qui vient d'être dit n'a d'autre objet que de nous révéler l'esprit de la loi navarraise où des dispositions légales assez fragmentaires étaient enrobées d'un fort ciment coutumier. Retenons-en : 1° qu'en Navarre il ne faut entendre par dot, au sens légal du terme, que les apports faits par la femme pour support et aide au mariage, et 2° que les parents n'avaient à doter que leurs filles, obligation purement coutumière jusqu'en 1889, obligation légale depuis cette date.



Les parents de chacun des époux et même les étrangers pouvaient, en Navarre, constituer une dot, soit antérieurement, soit même postérieurement à la célébration du mariage. Le droit espagnol commun ne soumettait au régime de faveur des donations *propter nuptias* que les dots constituées antérieurement au mariage ou au moment de sa célébration. Or, en Navarre, les dots, quelle que fût l'époque de leur constitution, n'étaient régies que par le contrat où elles étaient

1. « ...y que esta costumbre se encarna con la de las dotes », dit Morales (*op. cit.*, p. 167).

offertes, et, comme ces contrats avaient la plupart du temps leur source dans le mariage, on les considérait toujours comme des donations matrimoniales, vues avec faveur par le législateur (notamment au point de vue de leur irrévocabilité).

Le futur époux pouvait également constituer une dot à sa femme avant la cérémonie nuptiale, mais non pas après. Ce sont les « arrhes », dont le caractère était tout à fait particulier et dont il sera question plus loin (v. sect. II). A vrai dire, d'ailleurs, il s'agit là moins d'une dot que d'une donation entre époux.

Morales nous signale qu'une difficulté s'était parfois présentée devant les tribunaux navarraï (op. cit., p. 168). Quand une dot était offerte par les parents ou par d'autres personnes, et que l'épouse dotée possédait en même temps des biens propres (lui venant de sa mère ou d'autres personnes), le montant de la dot devait-il être imputé sur ces biens propres ou sur ceux du pollicitant ?

C'est là une question que les Romains s'étaient déjà posée, ainsi qu'en témoigne l'art. 7, tit. XI, liv. V du Code de Justinien. La dernière disposition de la partie du Code consacrée aux promesses de dot (*de dotis promisi*) permettait de la résoudre. On distinguait suivant que les parents manifestaient l'intention de constituer la dot avec les biens propres de leur fille — auquel cas ils n'étaient tenus que de la fraction de la dot excédant la valeur desdits biens propres — ou selon que les parents exprimaient la volonté de l'imputer sur des biens leur appartenant personnellement. En ce cas, seul le surplus de la dot était prélevé sur les propres de la fille, si les forces des parents s'avéraient insuffisantes. Le silence du constituant était interprété en faveur de cette seconde solution.

Les Coutumes françaises, nous l'avons vu, ne déterminaient pas quel devait être le quantum de la dot. Les lois de Navarre non plus, du moins autrefois. L'art. 1.340 du Code civil espagnol détermine ce quantum en le fixant à la moitié de la légitime (de l'enfant doté), évaluée avec soin (*rigorosa presunta*). L'obligation de fournir une dot disparaît si la fille possède en propre des biens d'une importance équivalente à cette fraction de la légitime, sinon le constituant de la dot devra combler

la différence. Si des difficultés viennent à se produire, le juge du district (*partido judicial*) jouit du pouvoir de fixer le montant de la dot et d'en déterminer les conditions de versement après audition du père, de la mère et de deux parents mâles et majeurs les plus proches de la fille et résidant dans le même arrondissement judiciaire : un de la ligne paternelle et l'autre de la ligne maternelle. A défaut de ces témoignages, le juge appréciera sur les seules déclarations du père et de la mère. Il ne pourra faire d'enquête à l'effet de déterminer le montant exact de la fortune des parents.

Cet article nous paraît exprimer le dernier état du droit sur la matière ; il contient en effet la solution des questions les plus importantes qui se posent relativement à la constitution des dots : Qui doit doter ? Quand cesse cette obligation ? Quel doit être le quantum de la dot ? A qui en incombe le calcul ? Nous remarquons que cette intervention du juge est sans équivalent chez nous, où il n'existe aucune obligation légale pour les parents de doter leurs enfants. D'autre part, son efficacité nous paraît assez problématique, puisque le juge ne dispose d'aucun moyen de contrôler les déclarations qui lui sont faites. Sans doute devait-il se prononcer d'après les signes extérieurs de la richesse des parents, un peu à la manière d'un contrôleur des contributions.

Et surtout, ce système se révélait inapplicable en Navarre, où, comme nous le verrons, il n'existait pas de réserve (car le mot légitime est pris ici dans le sens de réserve héréditaire), mais seulement une légitime quasi-symbolique. On pouvait prévoir que les chefs de famille, très jaloux de leur liberté, admettraient difficilement que fût chiffrée, le cas échéant par voie d'autorité, l'exécution d'un devoir de famille auquel bien peu songeaient à se soustraire, mais dont ils entendaient rester maîtres de fixer les modalités. Si bien que ce texte ne s'applique dans notre province que dans celles de ses dispositions qui ne sont pas en opposition avec le droit local. Autrefois, nous dit Morales, les contestations étaient très rares en la matière. Il suffisait, le plus souvent, de faire appel aux bons sentiments des parents pour vaincre les désaccords. Depuis le Code civil, il n'y avait, dans les cas difficiles, qu'à recourir aux bons offices des plus proches parents et, en dernier

ressort, au juge du lieu, qui, avec toute l'autorité attachée à sa personne, tranchait sans bruit ni scandale un litige d'un caractère si intime et si particulier.

B) *Administration de la dot*

Le conjoint propriétaire (généralement le mari) administrait la dot. Ni lui ni l'époux dotal n'en étaient propriétaires, c'était la famille: les enfants nés du mariage, ou, à défaut, le conjoint dotal ou ses héritiers. Cette idée donne la clef de toutes les solutions relatives à l'administration de la dot. Il s'ensuivait que celle-ci ne pouvait être aliénée que dans les cas où l'intérêt de la famille le commandait; et, bien entendu, cette aliénation ne pouvait se faire sans le concours des deux époux. La dot devait supporter les dettes de l'époux dotal antérieure au mariage; elle était insaisissable pendant toute la durée de l'union conjugale.

c) *La dot à la dissolution du mariage*

L'objet de la dot étant d'aider à supporter les charges du mariage, il semblerait qu'elle n'ait plus de raison d'être quand la société conjugale se dissoud. Effectivement, bien avant l'apparition du Code civil et de son art. 1.365, la législation espagnole prévoyait que la restitution de la dot devait intervenir dans un certain nombre d'hypothèses: décès de l'un des conjoints, nullité du mariage, dation d'un conseil judiciaire au mari, séparation de biens demandée par la femme consécutivement à une sentence d'interdiction. La femme recouvrait, dans tous ces cas, la libre disposition de sa dot; il en était de même lorsqu'elle était nommée tutrice de son mari ou quand celui-ci était en état d'absence déclarée.

Mais l'usufruit foral et la conservation de la dot en Navarre et en Biscaye, même en cas de secondes noces, compliquait singulièrement la question. Car, si dans ces pays, la mort de l'un des époux met fin au mariage, la communauté conjugale n'est généralement pas liquidée; les biens qui composent la dot demeurent entre les mains du conjoint survivant, et, à son décès, entre celles des enfants, notamment si le sort de la succession n'a pas été fixée par le contrat de mariage, si

le conjoint est mort intestat, ou s'il a laissé un testament divisant l'héritage en parts égales entre les enfants, il n'est pas toujours nécessaire de procéder à la liquidation de la communauté ou à la restitution de la dot.

Quand un père, demeuré veuf, contracte un second mariage sans procéder au partage des biens maternels prévu par l'article 2, tit. X, liv. XIII, de la N.R. (*infra*, p. 202), la communauté conjugale n'en continue pas moins, ainsi que nous le verrons. Il n'est pas non plus nécessaire des restituer la dot. L'exercice de l'usufruit conjugal et, parfois aussi, le nouveau mariage contracté par le survivant, s'opposent à cette restitution.

Par contre, il était possible de renoncer à l'usufruit du Fuero sans attendre l'arrivée du moment où la communauté conjugale devait nécessairement être dissoute : c'est-à-dire le décès de l'époux survivant. Le consentement mutuel des héritiers propriétaires et du survivant usufruitier pouvait mettre fin à la communauté légale. Si l'usufruitier pouvait valablement renoncer à la fraction de son droit portant sur les propres de son conjoint décédé, il n'était pas possible d'exiger de lui la restitution de la dot (Morales, *op. cit.*, p. 174).

Le silence des textes et l'imprécision des commentateurs nous permettent cependant d'affirmer qu'en Haute-Navarre la dot faisait retour de plein droit à la famille du constituant, au cas de décès sans postérité de l'époux dotal. Ce silence n'est d'ailleurs pas absolu, car l'art. 5 déjà cité du tit. XI, liv. III de la N. R., après avoir disposé que les dots constituées à l'aide de biens faisant partie d'un majorat, devront être enregistrées à la Cour, ajoute ceci : « Et, quant à la restitution des dots constituées avec l'autorisation de notre Conseil, l'on ne pourra aliéner ou engager les biens en faisant partie que dans les hypothèses où le droit commun l'autorise. Ce qui est dit ne saurait profiter aux personnes envers lesquelles les possesseurs du majorat n'ont aucune obligation alimentaire, quand bien même ces personnes descendraient des fondateurs du majorat, etc... » Nous trouvons donc, au début de ce texte, une allusion, au moins discrète, au retour de dot, car il est évident que si les époux pouvaient librement disposer des biens compris dans la dot, non seulement le but poursuivi

par le donateur, qui est d'aider la famille, ne serait pas atteint, mais encore, le retour ou restitution de la dot deviendrait illusoire. Cette disposition législative, se référant au droit commun, ne faisait donc que reconnaître la pratique antérieurement suivie.

Les textes suivants (lois 6 et 7, tit. XI, liv. III de la N. R.) révèlent que les constitutions de dot s'accompagnaient souvent de pactes de réversion au profit des enfants à naître du mariage. Mais, chose curieuse, il était permis à la femme de s'en délier en convolant en secondes noces et de conserver par devers elle la totalité de la dot. Voici comment la question se posait, d'après la loi 6 précitée : « Les pactes de réversion dont sont assorties les dots constituées à l'occasion d'un premier mariage, pour le cas où la jeune épouse mourrait sans enfants, conservent-ils leur valeur quand celle-ci contracte une seconde union ? Les mères peuvent-elle apporter leur dot à leur nouveau conjoint malgré l'existence d'enfants d'un premier lit, normalement appelés à la recueillir ? Sur ces points les tribunaux ont donné des solutions divergentes. Certains disent que les pactes de réversion n'ont eu en vue que le premier mariage, qu'ils ne peuvent donc se trouver transposés sur le plan du second (réponse à la première question), et que la qualité d'appelés est propre aux enfants du premier lit et ne s'étend point aux enfants nés de mariages subséquents (réponse à la seconde question). Attendu qu'il est contraire à la volonté des constituants, qu'il s'agisse de parents tenus de doter leurs filles ou d'étrangers auxquels cette obligation n'incombe pas, de voir les femmes détruire, par un contrat de mariage ultérieur, les dispositions du contrat primitif, et ce au préjudice des enfants normalement appelés, nous supplions Votre Majesté d'ordonner que les pactes de réversion prévus (notamment par des constituants étrangers à la famille) dans l'hypothèse où les épouses dotées décéderaient sans enfants, soient étendus et maintenus (*se estiendan, y entien-dan estar repetidos*) même en cas de remariage.

« Dans cette hypothèse, les substitutions établies en faveur d'enfants du premier lit devront être observées pour moitié, même si les conventions matrimoniales ultérieures les passent sous silence. Les mères pourront disposer librement de l'autre

moitié pour l'apporter en dot à leur nouvel époux. Cette disposition devant s'étendre aux contrats de mariage antérieurs à la présente loi, toutes les fois qu'aucun procès ne sera pendant.

« DÉCRET : A cela nous répondons que les pactes de réversion dont sont assorties les dots constituées aux nouvelles épouses, soit par leurs parents, soit par des constituants étrangers, verront se prolonger leurs effets lors des mariages ultérieurs que lesdites femmes pourront contracter, à moins qu'elles ne les aient expressément révoqués (*no los habiendo revocado ellas espresamente antes de efectuar alguno de los matrimonios siguientes*). Ces clauses joueront naturellement si les femmes décèdent sans se remarier. Quant à la situation des appelés, il n'y a pas lieu de procéder à la division demandée par le royaume, car elle ne peut profiter à tous les enfants nés d'unions subséquentes (*sic*). Il n'est pas possible de grever de substitution les dots de telle manière que les femmes ne puissent les révoquer en se remariant. Les notaires auront le devoir d'attirer sur ce point l'attention des constituants sous peine d'une suspension d'office d'un an et d'une amende de cent livres. Cette loi n'aura d'effet qu'à dater de sa publication et ne rétroagira point. »

Telle est la loi, mise en vigueur en 1642, postérieurement à la tenue des Cortés de Pampelune. Nous constatons que le décret royal se prononce dans un sens assez opposé au *pedimiento* de las Cortés. Ainsi donc la femme peut, en se remariant, méconnaître délibérément la volonté des constituants de la dot, et cette possibilité ouverte au grevé de rejeter la charge d'une substitution tout en en conservant le bénéfice nous apparaît comme assez choquante. Le prétexte invoqué, ce souci d'assurer une sorte d'égalité entre les enfants du premier mariage et les autres, en empêchant les premiers de recevoir leur dû, nous apparaît bien singulier dans un pays de droit d'aînesse. Seul le souci de favoriser les seconds mariages, et par suite l'augmentation de la population, force des Etats, peut justifier cette attitude.

Cette disposition ne semble d'ailleurs pas s'être heurtée à une très grande résistance, si nous en jugeons par le *pedimiento* suivant présenté aux Cortés de 1678 et qui est devenu l'art. 7, tit. XI de la N. R.

« Des doutes s'élèvent fréquemment devant les tribunaux sur l'interprétation à donner à la loi 27 des Cortés de 1642 relative aux clauses de retour de dots, quoique cette loi ait été faite pour mettre fin aux controverses qui s'élevaient sur ce point. Il y est dit que les pactes de réversion dont sont assorties les dots constituées à de jeunes mariées par leurs parents ou par des étrangers, conserveront leur validité si la femme dotée convole en secondes ou subséquentes noces, à moins que celle-ci n'ait expressément déclaré vouloir les révoquer avant la conclusion du second mariage. Beaucoup ont estimé qu'à défaut de révocation expresse, le seul fait d'apporter les biens compris dans la dot à son second conjoint valait révocation tacite, et ce, par faveur spéciale pour les dots. Pour couper court à tout ambiguïté, nous supplions V. M. de nous concéder pour loi, par interprétation de ladite loi 27, que les substitutions faites en faveur des enfants à naître du premier lit seront tenues pour révoquées par le seul fait que les femmes remariées apporteront à leurs nouveaux époux les biens constituant leur dot, même s'il n'est pas spécifié que ce sont des biens dotaux.

« DÉCRET : Ce à quoi nous répondons : qu'il soit fait comme le royaume le demande (*A esto os respondemos: que se haga como el reino lo pide*). »

Telles sont ces lois 6 et 7 de la N. R., qui, avec la loi 5 qui les précède et fut adoptée en 1583 aux Cortés de Tudèle, sont les seules, aux dires d'Alonso, à s'occuper de la dot. Pas tout à fait cependant, car, à la page 112 de son ouvrage, ce commentateur n'a garde d'oublier les deux lois faites à Estella en 1556 et à Tudèle en 1558, qui figurent au titre IX de la N. R. : « Des mariages clandestins et des causes qui permettent de déshériter les filles », lois dont nous avons déjà parlé et dont nous reparlerons. Sur les autres points relatifs au sort de la dot, il fallait s'en référer au droit romain ou aux législations qui en étaient l'expression.

C'est ainsi que le chapitre v, titre III, livre IV du *Fuero General* dispose, à l'exemple de la 23 du titre XI, partie IV, que la femme mariée qui s'enfuit avec un amant en laissant là son mari, perd ses arrhes ainsi que ses droits suces-

soraux¹. Le Fuero ne parle que de la femme qui quitte le domicile conjugal en compagnie d'un amant (*de marcharse la mujer de la casa con otro, dejando el marido*). Les tribunaux navarrais, par une interprétation très extensive et en recourant partiellement au droit romain supplétif, ont étendu cette disposition à toute femme adultère, la punissant en outre de la perte de sa dot. Ce n'est que dans cette hypothèse exceptionnelle, en dehors du jeu, toujours possible, d'une clause de réversion, que la dot pouvait être acquise au mari.

Cette jurisprudence ne recourait au droit romain supplétif que pour partie, car, à Rome, la perte de la dot n'était encourue qu'autant que la femme et son complice étaient convaincus d'adultère et condamnés pénalement, condition que n'exigeaient pas les tribunaux basques. Aussi voyons-nous certains commentateurs, entre autres Morales², protester contre cette interprétation jurisprudentielle quelque peu abusive des termes du vieux Fuero qui tend, disent-ils, à inciter le mari, par voie d'instance purement civile, à établir en justice la preuve de l'adultère de sa femme, à seule fin de s'approprier ses biens, sans se soucier de la personne du complice et en monnayant en quelque sorte son propre déshonneur. D'après ces auteurs, la confiscation de la dot ne devrait résulter que de la mise en accusation préalable, suivie de condamnation, de l'épouse adultère et de son complice. Elle ne devrait avoir que le caractère d'une peine accessoire. Nous admettons que les blessures faites à l'honneur d'un mari ne se puissent réparer par des compositions pécuniaires, quoique ce système soit en lui même préférable à celui qui donnait à l'homme le droit de tuer son épouse coupable; mais il nous paraît douteux que les tribunaux navarrais, revenant sur leur jurisprudence antérieure, appliquent à Boubouroche — ô comble d'infortune! — l'*exceptio lenotii*.

Quand il y avait lieu de restituer la dot, les modalités de cette restitution n'offraient, en Navarre, rien de bien particulier. Si la dot avait été estimée (*estimada*) on remettait à la femme, ou à ses héritiers, une somme en espèces correspondant à la valeur d'estimation, déduction faite des dots

1. « ...pierda sus arras y no le den heredades. » (Morales, p. 174.)

2. P. 174-175.

constituées aux filles nées du mariage à l'aide des propres de la femme et des dettes propres de la femme, antérieures au mariage ou nées à l'occasion d'iceluy. Lorsque la dot n'avait fait l'objet d'aucune estimation, la restitution des biens la composant se faisait en principe en nature. Si ces biens avaient été vendus, la restitution portait sur le prix de vente ou sur les biens acquis en échange, déduction faite des impenses exposées pour la conservation de la dot, l'établissement des enfants, le paiement de certaines dettes du mariage, et même l'amélioration de la dot, dans les conditions où les aurait faites un possesseur de bonne foi.

En Biscaye également, les pactes de réversion portant sur les immeubles dotaux étaient de pratique courante, mais ils présentaient cette particularité d'être irrévocables, contrairement à ce qui se passait en Navarre, et ce, même par voie testamentaire. Le conjoint survivant qui se remariait pouvait conserver la jouissance des biens dotaux, à charge de les remettre aux enfants du premier mariage, sans que ceux nés d'unions ultérieures puissent en avoir aucune part. C'est en cette prévision d'un second mariage possible de la part du conjoint survivant que la coutume s'était peu à peu instituée de faire estimer la dot, c'est-à-dire d'en faire constater la consistance par acte notarié. Lorsqu'il n'y avait pas d'enfants on restituait la dot à la femme ou à ses héritiers qui avaient le droit d'en percevoir les fruits à dater de l'événement (la dissolution du mariage) qui avait donné naissance à leur droit de retour.

SECTION II

LES ARRHERS

Comme contre-partie de la dot apportée par la femme au mari, celui-ci de son côté, lui faisait don d'une certaine quantité de biens qui constituaient ce que l'on appelait « las Arras »¹.

1. Littéralement « les arrhes ». Cette expression ne désigne pas seulement, en Espagne, la somme que l'on verse en garantie de l'exécution d'un marché, mais aussi le don que fait l'époux à sa femme en considération du mariage. Cette donation, cette « corbeille » dirions-nous, pouvait, dans l'ancien droit, atteindre

Le Code civil espagnol actuel ¹ a fondu sous le nom de donations *propter nuptias* (*donaciones por razon de matrimonio*) les différentes espèces de donations qui existaient auparavant : arras, donations pour fiançailles, donations *propter nuptias*, donations entre conjoints, si bien que le terme « arras » est surtout usité maintenant dans une acception historique. Cette institution, bien que d'origine essentiellement castillanne, ou, plus exactement wisigothe, présentait en Navarre certaines particularités que nous indiquerons.

Relativement à cette origine wisigothe, il semble que les arrhes procèdent du *morgengabe* du droit germanique. C'était le présent que l'époux germain faisait à sa femme le lendemain de ses noces. Recesvinte, le premier, réglemente cette coutume : divers chapitres du livre III du Fuero Juzgo lui sont consacrés. On se préoccupe de fixer une limite raisonnable aux arras ; on détermine leurs effets. Les Fors municipaux s'en occupent aussi ; ils les désignent parfois sous le nom générique de dot. Le Fuero Real examine cette institution sous le titre II de son livre III (lois 1 et suivantes) et les lois 50 et 51 de Toro complètent la matière. Ne nous étonnons pas si « las Partidas » n'en parlent pas, puisque cette institution était inconnue à Rome : ce qu'elles désignent parfois sous le nom d'arrhes ne sont autre chose que des donations *propter nuptias* (v. tit. XI, part. IV).

Les Basques de France, peut-être plus réfractaires aux influences barbares que leurs congénères d'Espagne semblent avoir toujours ignoré cette catégorie particulière de donations. Cependant, l'usage des arrhes nuptiales (*arrhæ sponsaliæ*) était assez répandu chez nous à l'époque franque. Grégoire de Tours rapporte la réclamation d'un homme qui demandait en justice que la fille à laquelle il avait donné des arrhes lui fût livrée ou qu'elle lui payât 1.600 sols. Il est fait mention du même usage dans les « Etablissements de saint Louis » (I, chap. CXXIV).

une importance considérable. Roderic de Tolède (*Rerum in Hispania Gestis*) rapporte que le roi Sanche le Grand avait donné comme arras à sa femme tout le royaume d'Aragon. Ces libéralités démesurées nécessitèrent l'intervention du législateur (N. R. de Navarre, L. II, tit. XI, liv. III).

1. Art. 1327 à 1335.

Donation faite en raison du mariage par l'homme à la femme, les arrhes se distinguent donc nettement d'une part des dons de fiançailles (*donaciones esponsalicias*) que les fiancés se font réciproquement (du moins en Espagne), d'autre part des donations *propter nuptias* et des constitutions de dot que font aux enfants des parents ou des étrangers. Quant à la nature juridique de cette institution, les uns y voient une donation simple, les autres une donation rémunératoire qui représenterait, soit le prix de la virginité, soit celui de la beauté. La première de ces deux dernières opinions nous semble la mieux défendable : les arrhes revêtent ainsi le caractère d'une donation conditionnelle *si nuptiæ sequuntur*. Leur but, nous dit Martinez Marina (*op. cit.*), est de récompenser (et non de payer) la *integridad virginal*, donnant ainsi une sorte de prime à l'honnêteté, et aussi d'assurer aux femmes mariées dont la dot pouvait être fort modeste, quelque chose pour subsister lors du décès de leur époux¹. Sur ce point, le conjoint survivant était particulièrement favorisé par les Coutumes basques, car il jouissait d'un droit d'usufruit très étendu sur les biens de son époux prédécédé.

Les arrhes pouvaient porter sur les biens présents et même sur les biens futurs du mari, ainsi qu'il résulte de la loi 2, tit. II, liv. III du Fuero Real. Dans la crainte de voir ce mari se livrer à des prodigalités excessives (et ces craintes, nous l'avons vu, étaient fondées), l'art. 6, liv. III du Fuero Juzgo et la loi 1, t. II, l. III du Fuero Real disposaient que les arrhes ne pourraient excéder la dixième partie des biens du mari, les arrhes portant sur des biens futurs devant être appréciées à l'époque où ces biens passeraient à la femme. Les loi 30 de Toro et 1 du tit. III, liv. I de la N. R. de Castille défendaient aux épouses de renoncer par avance à leurs arrhes, et aux notaires d'insérer de semblables clauses de renonciation dans les contrats, sous peine de perdre leur office. Mais si les arrhes pouvaient porter sur les biens futurs, par contre elles ne pouvaient être constituées qu'antérieurement à la célébration du mariage et non pas après, et ceci malgré le caractère rémunératoire qu'on se plaisait à leur reconnaître.

1. Ensayo n° 249.

C'est, en effet, la crainte de voir des donations ordinaires entre conjoints se déguiser sous forme d'arrhes qui incitait la majorité des auteurs à se prononcer en faveur de l'impossibilité de constituer des arrhes ou d'en accroître le montant, postérieurement à la célébration du mariage. C'est un souci de conservation des biens de famille du mari qui les inspirait et non des considérations de sécurité et de crédit analogues à celles qui justifient, sous le régime dotal français, l'interdiction de modifier l'importance de la dot pendant la durée du mariage (art. 1.543, C. c. fr.).

Les arrhes devaient être apportées par acte notarié : elles l'étaient normalement par contrat de mariage. Cette précaution destinée à éviter toute fraude résultait des dispositions de la Pragmatique de Philippe IV et de la loi 7, tit. III, liv. X de la N. R. (de Castille). Le notaire devait porter cet acte à la connaissance de l'autorité judiciaire du lieu et le secrétaire de mairie devait en tenir registre, afin que l'on puisse vérifier au besoin si le montant des arrhes n'excédait pas le maximum fixé.

Cette préoccupation des légistes castillans n'était pas étrangère au législateur navarrais, ainsi qu'en témoigne la loi 2, tit. XI, liv. III de la N. R. de Navarre : « L'expérience nous a appris que des arrhes excessives étaient fréquemment offertes aux femmes, pour le plus grand dommage des maisons et des héritages. Nous supplions V. M. d'ordonner que dorénavant les arrhes ne pourront excéder le huitième de la dot apportée par la femme, sans qu'il soit possible de renoncer au bénéfice de la présente loi.

« DÉCRET : Vu le susdit chapitre : ordonnons qu'il soit fait comme le royaume le demande. »

Se basant sur ce qui précède, Alonso constate qu'en Navarre, la législation relative aux arrhes est, exception faite de leur quantum et de leur mode de calcul, à peu près la même que celle inscrite aux lois de Toro et à la N. R. de Castille. La femme n'acquiert droit aux arrhes que quand le mariage a été consommé. C'est à ce moment qu'elles deviennent sa propriété et celle de ses héritiers. Si, d'après la loi 52 de Toro, l'époux n'a fait que donner l'*osculum* à sa fiancée, sans que cependant le mariage ait pu être célébré par suite

d'une circonstance indépendante de la volonté des deux futurs, la fiancée aura droit à la moitié des cadeaux qui lui avaient été faits en prévision du mariage. Les lois navarraises ne prévoient aucune disposition analogue et ne font aucune distinction entre les arrhes et les cadeaux; ce dont nous pouvons conclure qu'il faut s'en tenir sur ce point au principe général d'après lequel la fiancée n'a pas droit aux arrhes si le mariage n'est pas célébré.

Si cette non-célébration est due au fait de l'homme, la femme acquiert la pleine propriété des arrhes. Même après la cérémonie nuptiale, cette propriété n'est pas définitivement acquise à la femme. Celle qui se rend coupable d'adultère est déchue de son droit aux arrhes, qui passent alors aux enfants. Il en est de même de l'épouse qui abandonne son mari, à moins que cet abandon ne soit justifié par l'attitude du mari, comme de la veuve dont l'inconduite est un sujet de scandale. Mais la veuve qui se remarie conserve la propriété de ses arrhes. Celles-ci semblent donc constituer une donation doublement conditionnelle, étant soumises d'une part à une condition suspensive: si le mariage a lieu, et d'autre part à une condition résolutoire: si la femme ne se montre pas fidèle épouse, ou veuve irréprochable.

Remarquons que, comme beaucoup d'institutions de droit ancien en Espagne, les arrhes étaient primitivement l'apanage des nobles. Le fils aîné du Roi devait se marier avec le royaume; entendons par là qu'il l'apportait en mariage et prélevait sur lui quelques domaines dont il faisait présent à sa future épouse (et ceci sur les conseils éclairés des ricohombres ou de douze sages). Les vilains n'avaient point d'arrhes à donner ou à recevoir: « . . . estas arras son dadas a infançones et no à ninguna villana », nous dit le chap. 1, tit. I, liv. IV du For de Navarre. De ce privilège, qui avait disparu avec le temps, il subsistait toutefois une survivance assez curieuse. Le chapitre 1, titre II, livre IV du Fuero General stipulait que tout gentilhomme devait donner à son épouse infançonne trois héritages à titre d'arrhes. Si celle-ci mourait en laissant des enfants, ceux-ci en héritaient. Mais si le père, demeuré veuf, désirait se remarier et qu'il n'eût plus à sa disposition d'autres biens à constituer en arrhes, il pouvait

reprendre un des trois héritages donnés à sa première femme, à condition, précise le For, que ce ne fût pas le meilleur. Si la seconde femme décédait à son tour, il pouvait retirer l'un des deux héritages restants pour le donner à une troisième épouse. Ainsi la femme noble était-elle sûre qu'après sa mort ses héritiers garderaient au moins l'un des trois héritages. Ces trois héritages pouvaient consister en des fiefs, en des domaines très importants. Des abus se produisirent. C'est pourquoi une loi plus haut citée de la N. R. de Navarre vint fixer un maximum au quantum des arrhes¹.

Les femmes pouvaient librement disposer de leurs arrhes, même si elles décédaient sans enfants (N.R., 1, t. XI, l. III). Le mari ne pouvait les aliéner sans le consentement de sa femme (chap. XIV, t. XII, l. III). Le chap. I, t. XX, l. III défendait au père de faire succéder des enfants de barraganes à des « arras » sans le consentement des enfants légitimes. Le chap. II, t. I, l. IV interdit à la femme d'en donner quit-tance à son mari sans l'assistance du père ou de certaines personnes.

Bien avant la réforme du régime hypothécaire réalisée en Espagne par la loi du 1^{er} janvier 1871, une hypothèque légale, établie au profit de la femme, garantissait le paiement des arrhes, mais seulement quand le mari les avait effectuées à titre d'augment de dot (*aumento de dote*). Sinon, il n'existait à son encontre qu'une obligation personnelle. Quand un contrat de mariage contenait à la fois des arrhes et des donations *propter nuptias*, la garantie hypothécaire ne jouait que pour une seule catégorie de libéralités.

Pour en terminer avec cette question des arrhes, nous ne pouvons mieux faire que de rappeler avec Alonso la différence qui existait, jusqu'au Code civil, entre les arrhes navarraises et leurs sœurs de Castille. En Navarre, elles étaient calculées d'après l'importance de la dot de la femme; en Castille, d'après la valeur des biens du mari. Si bien qu'en Castille, un homme, même s'il était sans fortune lors de son mariage, pouvait cependant offrir des arrhes en en fixant le quantum au dixième des biens qu'il se proposait d'acquérir au cours

1. « ...de las dadivas », expression qui est interprétée comme englobant les cadeaux de fiançailles et les arrhes proprement dites.

de l'union conjugale, la réalisation de cette promesse dépendant évidemment de son bon vouloir, de son activité ou de sa chance.

En Aragon, la donation d'un futur époux à sa femme recevait le nom de *firma de dote*. Elle pouvait être faite avant ou après le mariage, par acte entre vifs et même *mortis causa*. Elle n'avait aucun caractère obligatoire, sauf quand le mari apportait une dot : elle ne pouvait alors excéder le sixième de cette dot (*la tercera parte de la mitad*). Ces biens devenaient la propriété de la femme.

On aurait pu croire qu'en Navarre, il n'y avait pas lieu de parler d'arrhes lorsque la femme n'apportait point de dot, et, cependant, la pratique avait admis, depuis très longtemps, que le fiancé navarrais pût, à défaut d'arrhes, constituer une dot à sa future femme quand celle-ci ne lui en apportait point. Aucune loi n'en limitait l'importance, et cet état de choses, assez singulier, était évidemment contraire au désir qu'avait le législateur de protéger le patrimoine du mari. En soumettant les arrhes au régime des donations *propter nuptias* et en autorisant les futurs conjoints à se faire des donations mutuelles portant sur les biens dont ils disposent en se mariant ou sur ceux qu'ils laisseront à leur décès. le Code civil espagnol s'est trouvé régulariser cette pratique. Il a donc été nécessaire d'envisager certaines limitations, à l'exemple de celles que nous examinerons plus loin, à propos des secondes noces.

SECTION III

DONATIONS « PROPTER NUPTIAS »

La liberté d'aliéner à titre gratuit était — et est encore — en Navarre, la règle générale. L'égalité devant la loi civile étant admise, il est inutile de nous occuper des quelques privilèges que les très anciens textes concédaient, sur ce point, aux nobles. A l'époque de la *Novísima Recopilacion de Navarra*, le régime des donations *propter nuptias* s'applique non seulement aux donations faites par les parents à leurs

enfants, mais à toutes celles faites aux nouveaux époux par un tiers quelconque.

Pour être valables, ces donations ne nécessitent aucune acceptation de la part du donataire, et l'art. 7, t. VII, l. III de la N. R. les déclare irrévocables. « Nous supplions V. M. d'ordonner pour loi que les donations par contrat de mariage ou par actes entre vifs en faveur d'enfants nés ou à naître (*que estan por nacer*) ne pourront être révoquées à leur préjudices, quoique leurs bénéficiaires n'aient pu les accepter par l'effet de l'âge ou pour toute autre cause. Ils acquerront un droit irrévocable à la donation, exactement comme s'ils l'avaient expressément acceptée, la présente disposition devant avoir effet même à l'égard des donations antérieures au sujet desquelles aucun procès ne sera pendant, et ce, sans préjudice des dispositions figurant à l'Amejoramiento du roi Philippe.

« DÉCRET: vu... etc... Ordonnons qu'il soit fait comme le royaume le demande. »

Cette solution devait être consacrée par l'art. 1.330 du Code civil général, qui dispose que les donations *propter nuptias* sont valables indépendamment de toute acceptation.

Les biens ainsi donnés peuvent être librement hypothéqués et aliénés malgré l'existence de clauses d'appel (*llamamientos*) ou substitutions établies en faveur des enfants du donataire, à moins que l'on ait expressément convenu que cette institution entraînerait prohibition au moins partielle d'aliéner, les donataires ne pouvant le faire sans juste motif et autorisation de justice. A défaut de cette clause expresse, d'ailleurs usuelle, et dite « de succession » parce qu'elle fixe l'ordre dans lequel les enfants du donataire doivent hériter de ces biens, les enfants du donataire, institués en seconde ligne par contrat de mariage, ne recueilleront que ce qui restera au décès de leur auteur.

Car l'existence de biens vinclés, frappés d'inaliénabilité, que l'on rencontre si fréquemment dans les contrats de mariage, nous dit l'art. 8, tit. VII, liv. III de la N. R., ne va pas sans de grands inconvénients. « Avec eux il n'est pas de revenu bien assuré, ni de censive bien fondée. Ils sont l'occasion d'un très grand nombre de procès et rendent diffi-

cile l'exécution des décisions de justice. Ces clauses embarrassent les tribunaux, trompent les créanciers et sont dangereuses pour leurs auteurs eux-mêmes (*vinculantes*), qui ne peuvent disposer de leurs biens sans le consentement de leurs héritiers. Il peut être nécessaire, si les revenus du domaine familial ne suffisent pas à les nourrir, que ceux-là mêmes, appelés à recueillir les biens anciens de la famille, acceptent de les voir engagés par le père : à plus forte raison doivent-ils pouvoir consentir à la vente de biens qui n'ont été rendus inaliénables que de par la volonté du donateur (*vinculaciones*). Ces donateurs sont les premiers navrés de voir leurs donataires dans l'impossibilité de tirer parti de leurs biens, recourir à mille subterfuges pour s'en défaire. Il convient en conséquence de veiller à ce que ces immobilisations (*vinculaciones*) n'aient point tant de force, d'autant plus que nombre d'entre elles ne sont point le fait des constituants, mais résultent d'une clause de style du notaire, ainsi qu'il nous est donné chaque jour de le constater. En s'inspirant de ces considérations, la loi a prévu que l'on ne pourrait ériger en majorats inaliénables des immeubles d'une valeur excédant dix mille ducats. Aussi prions-nous V. M. d'ordonner que dorénavant l'on ne pourra vincler par contrat de mariage que des biens de censive ou biens-fonds dont la valeur n'excèdera pas mille ducats. Les institutions (*llamamientos*) faites au mépris de cette règle seront nulles et de nul effet; seules vaudront les substitutions portant sur des biens d'une valeur inférieure, ceci afin que les enfants à naître du mariage qui va se conclure aient l'assurance de recueillir quelques-uns des biens que laissera le défunt.

« DÉCRET : Pour complaire au royaume, nous ordonnons que dans les contrats de mariage où il sera stipulé que les enfants à naître du mariage devront recueillir les biens donnés, leur droit ne pourra s'exercer que sur ceux que l'on retrouvera en nature à la mort du donataire, à moins que les parties contractantes, donateur et donataire, n'aient expressément déclaré que cette institution vaudrait prohibition d'aliéner les biens compris dans la donation, à moins de juste motif et d'autorisation de justice. Les notaires auront le devoir d'attirer sur ce point l'attention des contractants sous peine d'encourir une suspension d'office pour deux ans. Il n'y a pas

lieu, ajoutait le décret, de donner suite aux autres propositions des Cortés (*y no ha lugar lo demás que se pide*)¹. »

La satisfaction ainsi donnée au *pedimiento* des Cortés n'était donc que partielle. Le Roi voulait bien admettre que l'on pût aliéner des biens vinclés en cas de nécessité et sous le contrôle de la justice, mais, pour des motifs vraisemblablement politiques, il n'entendait fixer aucune limite à la libre faculté de vincler les biens donnés ou de les grever de substitution.

Dans tous les contrats, on convenait qu'à la dissolution du mariage, quelle qu'en soit la cause, le conjoint veuf ou séparé, à qui la donation avait été faite, la retirerait intégralement s'il n'avait point d'enfants. Dans le cas contraire, il devrait leur remettre un tiers, deux tiers ou la totalité des biens donnés suivant qu'ils étaient un, deux ou plusieurs. Les donations *propter nuptias* se trouvaient ainsi assorties de véritables pactes de succession en faveur des enfants.

Si le donataire décède sans enfants, les biens, objet de la donation, font retour au donateur. Il en est de même dans l'hypothèse où les enfants du donataire décèderaient avant d'avoir atteint l'âge requis pour tester. Si le donateur est décédé, les biens font retour à son tronc, c'est-à-dire à l'aïeul ou à l'aïeule, et si eux-mêmes sont morts, au parents les plus proches².

On remarquera l'étendue de ce droit de retour à plusieurs degrés, droit que notre législation française actuelle limite à l'ascendant donateur, à l'adoptant donateur ou aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel donataire.

1. On goûtera en passant cette formule particulièrement concise et elliptique.

2. *Amejoramiento del Fuero* (chap. III): « Fuero antiguo era, que si padre ó madre, ó cualquiera otra persona ficiese donacion de heredad, ó de bienes muebles á sus creaturas, ó cualquiera otra persona ficiese donacion en casamiento, et moriese el qui recebia la donacion sin creaturas, que los bienes de la dicha donacion heredaban los mas cercanos parientes, dont seguian muytas devegadas, que el padre é la madre, ó las personas que facen las donaciones sobre dictas fincaban pobres, et menguados. Et nos queriendo poner remedio conveniente sobre esto, establecemos por fuero, que si padre ó madre, ó cualquiera otra persona que ficiere donacion por razón de matrimonio, si moriere el que recibe la donacion sin creaturas que deban heredar, que los bienes de la dicha donacion tornen al padre, ó la madre, ó ad aqueil ó aqueilla que ficiere la donacion, et si moriere con creaturas, et morieren las creaturas antes que viengan a perfecta edat, ó después sin creaturas, o sin facer testament mueren, que los bienes de la dicha donacion tornen al abuelo o a la abuela o ad aqueilla persona que fizo la donacion si viviere, et si fueren muertos, que hereden los mas cercanos parientes segun fuero. »

Le donateur survivant pouvait librement disposer des biens qui lui avaient ainsi fait retour (loi 9, tit. VII, liv. III de la N. R.) : « Sur la disposition du chapitre 3 de l'Amejoramiento de Philippe I^{er} qui commence ainsi : *Fuero era anti-guo...* etc., dont parle la loi 33 des Cortés de 1596, un doute s'est élevé. Le donataire qui prédécède peut-il avoir valablement disposé des biens objet de la donation, préjudiciant ainsi au donateur qui lui survit ? La disposition dudit Fuero est très nette : si c'est le donateur qui survit, c'est lui qui doit disposer des biens. Il doit en être de même si le fils du donataire décède avant le donateur. Nous supplions V. M. de bien vouloir, interprétant le dit For, ordonner qu'en cas de prédécès du donataire ou de son fils, les aliénations qu'ils auront pu faire au préjudice du donateur survivant seront de nul effet.

« DÉCRET : A cela nous disons : qu'il soit fait comme le royaume le demande. »

Cette solution était très dure pour les acquéreurs de biens éventuellement soumis au droit de retour. Ce n'est pas celle qui prévaut dans les législations modernes.

Des donations *propter nuptias* pouvaient aussi être faites *mortis causa*, c'est-à-dire n'avoir effet qu'à la mort du donateur. Subsistaient-elles au cas où le donateur survivait au donataire, si ce dernier laissait des enfants du mariage en considération duquel la donation avait été promise ? Oui, nous dit Morales, mais seulement si l'hypothèse a été prévue par le donateur, car, de droit commun, les donations *mortis causa* étant essentiellement révocables, même par voie testamentaire, jusqu'au décès de leur auteur, celui-ci ne pouvait être censé, dans le silence des textes coutumiers, avoir renoncé tacitement à son droit de révocation, même en présence d'enfants du donataire. Pratiquement, il suffisait qu'il s'abstînt de les révoquer, il n'était pas nécessaire qu'il les confirmât expressément.

Les donations entre époux faites *mortis causa* (*para después de la muerte*) étaient également révocables, conformément au principe romain et contrairement aux donations faites *de presente*, par contrat de mariage par exemple, et dont l'effet

devait être immédiat. Mais c'étaient ces dernières qui étaient les plus fréquentes.

On voit que la donation *propter nuptias*, telle que la comprenaient les lois navarraises, était une institution de la plus grande importance. Alonso Martinez, préoccupé de justifier l'entière liberté de tester qui régnait en Navarre, explique que le sort de chacun des membres de la famille dépend de la situation qui lui est faite par un acte entre vifs : par la donation *propter nuptias*. Le père qui marie l'aîné de ses enfants met entre ses mains toute sa fortune, lui transfère toutes ses obligations, tant actives que passives, sans se réserver autre chose que le droit à quelques aliments, à quelque monnaie à léguer aux cadets dans son testament : une once d'or (16 piastres ou 80 piécettes) ou 500 réaux, ou une quantité équivalente. L'héritier avait toute liberté pour administrer à sa guise les biens donnés par ses parents pour lui permettre de supporter dignement les charges du mariage.

Ces donations faites par les parents à leurs enfants étaient irrévocables, à moins qu'elles n'aient été soumises à une condition qui ne se réalisait point, ou en cas de non-célébration du mariage ou d'annulation dudit par la faute de l'un des conjoints. Ceci se conçoit parfaitement. La cause qui a donné naissance à la donation n'existe plus ; les biens doivent faire retour au donateur ou à ses héritiers. Étaient également irrévocables les donations faites par les enfants à leurs parents quand elles résultaient d'un arrangement avec témoins et cautions. Faites par contrat de mariage, elles étaient dispensées de la formalité de l'insinuation devant le juge compétent, que la loi 2, tit. VII, liv. III de la N. R. de 1569 exigeait pour la validité de toute donation excédant trois cents ducats. Une loi de 1642 disposait qu'il pourrait être suppléé à cette insinuation par une affirmation résultant d'une formule insérée dans la donation, pratique dont la généralisation fit tomber l'insinuation en désuétude.

Le Fuero de Biscaye contient des dispositions sur les donations aux titres des dots, des ventes et des legs. L'hidalgo, père de famille, peut donner à un de ses fils plus qu'aux autres. Cependant, s'il possède deux terres, il ne peut lui en donner qu'une (liv. III, tit. XIX, 1).

Le vilain ne peut donner tout son bien ni à un étranger ni à un de ses enfants, de préférence aux autres, mais en mariant un de ses fils ou une de ses filles il peut leur donner entre vifs et non à cause de mort (*non para en su muert*) une vigne et une pièce de terre. Il peut toujours avantager un de ses enfants en lui donnant une part plus grande de meubles (liv. III, tit. XIX, 2).

La loi 13, tit. XX, dispose que les donations générales que l'on fait à un enfant ou à un héritier se font de maison ou de métairie avec tous les meubles et les biens fonds : par meubles, on comprend tout ce qui est nécessaire pour gouverner la maison. Les choses que l'on donne ou que l'on vend doivent être spécifiées par devant notaire, et notamment les immeubles, quelle que soit la nature de la donation (loi 12, tit. XX).

Les biens donnés par un père à la charge qu'il sera nourri et entretenu par le donataire sont frappés d'inaliénabilité (lois 2 et 3, tit. XX). La donation peut être révoquée pour cause d'ingratitude dans les cas prévus par le droit romain. Si le père se plaint de la manière dont il est entretenu, l'alcalde décide, suivant la qualité du donateur et l'importance de la donation, de ce qu'il convient aux enfants de fournir. La personne offensée doit réclamer dans le délai d'un an et un jour ; elle peut aussi pardonner, ce pardon pouvant s'induire de certains actes, comme le fait de manger et de boire en compagnie de l'ingrat (loi 22, tit. XXXVI du Fuero). Si, malgré l'avertissement de l'alcalde, le donataire persiste à ne pas fournir d'aliments, le donateur peut faire vendre les biens, objets de la donation, après préavis au donataire. Il fera donner trois avertissements à la grand'messe, à l'heure de l'offrande (?) et les biens seront vendus aux enchères, le troisième dimanche suivant, en présence du notaire, les parents pouvant, le cas échéant, exercer le retrait familial (loi 8, titre XXII du Fuero).

SECTION IV

ADMINISTRATION ET SORT
DE LA SOCIÉTÉ CONJUGALE

La société légale d'acquêts est connue en Navarre depuis des temps lointains, et le Fuero General en parle en termes exprès. S'agissant d'une institution d'origine germanique, les règles admises s'écartent assez peu de celles suivies en Castille; c'est même au droit castillan qu'on a recours pour résoudre tous les problèmes non prévus par les textes navarraïis.

La première question que l'on se pose est celle de savoir de quels biens se composaient les acquêts. Morales nous dit que les Navarraïis s'en remettaient au bon sens et à la pratique du soin de le préciser. Et la pratique s'en rapportait à la loi 1, tit. III liv. III du Fuero Real, qui les définissait ainsi : « Toda cosa que el marido y la mujer ganasen ó comprasen estando de consuno, hayanla ambos de por medio. » Etaient donc acquêts les acquisitions faites à titre onéreux par le mari et par la femme durant le mariage par leur économie et par leur industrie, ce à quoi il convenait d'ajouter les fruits et intérêts propres à chacun des époux ¹, les améliorations réalisées par la société conjugale sur les biens communs. La loi 5, tit. IV, liv. X de la N. R. de Castille perfectionna le régime des acquêts en conférant cette qualité aux fruits du pécule castrense ainsi qu'à tout ce qui avait été gagné ou acheté pendant le mariage, à l'exclusion de tout autre moyen : succession testamentaire ou *ab intestat*, legs ou donation ².

La loi 7, tit. XI, part. IV, confère au mari de larges pouvoirs d'administration et de conservation sur les biens com-

1. Morales estime qu'en ce qui concerne la perception des fruits, on devrait tenir compte de l'époque à laquelle ils sont censés exister en germe. Une société conjugale dissoute le 26 mars aurait droit aux récoltes de céréales à faire quelques mois plus tard, mais non aux fruits de la vigne ou de l'olivier qui n'apparaissent pas avant le 24 juin. Le système suivi était différent. Voir *infra*, p. 200.

2. Etaient donc propres à chacun des conjoints : leur dot, les donations *propter nuptias*, les accroissements ou « mejoras » relatifs à leurs biens propres, les biens acquis par voie testamentaire sous condition de rester propres, etc. Cette dernière condition était sous-entendue dans les provinces basques : le souci de conserver les biens dans les familles voulait qu'il en fût ainsi.

muns. Il en est ainsi dans toutes les provinces basques d'Espagne où le mari, même dotal, est seul administrateur de la société conjugale, propres et acquêts (Morales, pp. 152-179). Les lois 8, tit. I, liv. V du *Fuero Viejo* et 5, tit. IV, liv. X de la N. R. de Castille permettaient même au mari de vendre les acquêts. La femme n'administrait pas, à moins qu'elle ne fût séparée de biens, tutrice de son mari interdit ou envoyée en possession. L'art. 6 suivant de la N. R. permettait au veuf de disposer de ses acquêts sans obligation d'en réserver aucune part s'il se remariait.

En Navarre, le souci de la conservation des biens de famille (*patrimoniales y de abolorio*) n'était pas incompatible avec la liberté dont les époux jouissaient quant à l'administration de leurs acquêts (*ganados ó conquistados*). Tous, du Roi jusqu'au roturier, pouvaient en disposer. Le chapitre II du titre IV, livre II du *Fuero General*, après avoir établi que le fils aîné succède à la couronne, dispose que « si quelque roi ayant acquis ou enlevé aux Maures un ou plusieurs royaumes, a des fils nés de légitime mariage entre lesquels il les veuille répartir, il peut le faire et assigner à chacun d'eux un de ces royaumes, par acte fait en sa Cour (*por escrituras en su Corte*) et ceci vaudra parce que ce sont des biens de conquête (*porque el se lo gaño*) ». Don Sanche le Grand fit usage de cette faculté, et encore en l'outrepassant, car aucun des royaumes qu'il répartit ainsi entre ses fils ne fut donné à un enfant né d'un mariage régulier.

On aurait pu conclure de ce texte que le mari navarrais pouvait librement disposer des acquêts, et la question en effet ne se fût pas posée si, à part le texte que nous venons d'indiquer, le For avait été muet sur ce point. Or, le chapitre XIV, tit. XII, liv. III du *Fuero General* dit expressément que « le mari ne peut vendre les arrhes de sa femme sans son consentement, ni les acquêts réalisés avec elle ni ce qui vient d'elle »¹.

Comment fallait-il entendre ce texte? Moret et Silvela disent dans leur « Mémoire » qu'en Navarre la propriété (*dominio*) des acquêts et conquêts appartenait pour partie à la femme, même en l'absence de tout partage. *Uxor est pro-*

1. « El marido no puede vender las arras de su mujer sin su consentimiento, ni lo que comprare o ganare con eilla, ni lo que viene de parte de eilla. »

prie socia, pourrait-on dire, à la différence de ce qui se passait en Castille où le mari administrait librement, disposant des biens communs, sauf de minimes réserves. Après avoir inséré la disposition susdite, Alonso observe à la page 155 de son livre qu'« il résulte de ce que nous avons dit jusqu'à présent que les gains et acquisitions faites par les nobles et les vilains au cours de leur mariage doivent faire l'objet d'un partage entre les conjoints, les héritiers de l'époux décédé venant en ses lieu et place. Mais les acquêts n'apparaissent qu'après qu'ont été soldées les dettes de la communauté conjugale et déduits les apports des époux. Tant que la succession n'est pas liquidée, on ne peut dire avec certitude s'il y aura ou non des acquêts. Ceux-ci constituent l'actif flottant de la société conjugale, sujet à des hauts et à des bas. Nous ne pensons donc pas que le Fuero ait entendu prohiber absolument la vente des acquêts, comme pourrait le faire croire l'interprétation du chapitre XIV ». Ne semble-t-il pas que l'aliénation des arrhes soit permise avec le consentement de la femme (premier terme de ce texte) et celle des acquêts interdite sans plus (second terme) ? Ce n'est évidemment pas ce qu'a voulu dire le législateur. Compte tenu de ce que la rédaction du vieux For est, dans l'ensemble, assez défectueuse, ce défaut provenant davantage du manque de correction avec lequel on s'exprimait alors en castillan dans les provinces basques, que du défaut de culture juridique des auteurs du For, nous sommes porté à croire que ceux-ci n'ont entendu prohiber que l'aliénation des conquêts par le mari seul, au même titre que celle des arrhes. Il est en effet tout à fait conforme à l'esprit du Fuero que la femme, ayant droit à une part des acquêts, soit appelée à consentir à leur vente. C'est ainsi d'ailleurs que l'entendait la pratique, avec une nuance toutefois : l'assistance de la femme à l'acte de vente n'était requise que si elle et son mari avaient figuré tous deux à l'acte d'achat. Le Fuero prohibe l'aliénation de « lo que comprare ó ganare *con eilla* » et non de « lo comprado durante el matrimonio ». On saisit la nuance. Les acquêts, pour remplir leur rôle économique et social, doivent être facilement aliénables ; la forte constitution de la famille devait suffire à empêcher que le mari, excipant de ce qu'il n'avait

traité qu'en son nom, ne prétendit s'attribuer le bénéfice exclusif d'une opération faite, en réalité, à l'aide de biens communs.

Quant à la consistance des acquêts, il fallait bien, en l'absence de toute présomption légale, s'en remettre, provisoirement du moins, aux dires du chef de famille, car il n'était pas possible, ainsi que le faisait remarquer Alonso, de procéder, lors de chaque achat, à une liquidation fictive de la société conjugale, qui seule eût permis de déterminer avec exactitude si le bien nouvellement acquis était propre ou commun. En réalité, aucune disposition du For n'interdit au mari de disposer librement des acquêts provenant de son seul fait, mais il est évident que la femme, qu'elle eût participé ou non à leur acquisition, avait néanmoins sur eux ou sur les sommes en provenant, un droit de co-propriété. Et la loi dit au mari : « Tu es l'administrateur légitime, le chef de la société conjugale. Tu pourvois aux besoins de ta femme et de tes enfants. Ton épouse ne peut disposer d'autres biens que de deux boisseaux de farine ¹, tu n'as pas à répondre des obligations qu'elle peut contracter au delà d'une mesure de son ². Par contre, tu ne peux vendre les arrhes de ta femme, ni ce que tu as acheté en sa compagnie ³, ni ce qui vient d'elle, ni ce qu'elle a pu acquérir elle-même à titre onéreux. »

C'est ainsi que la jurisprudence et la pratique interprétaient les dispositions du For, interprétation libérale, comme on le voit, à laquelle la doctrine avait fini par se rallier et qui se résignait à admettre la coexistence de deux catégories d'acquêts soumis à un régime différent. Les scrupules de la doctrine

1. *Robos de harina*. Le *robo*, mesure de capacité existant en Navarre pour les céréales, équivalait à 28 litres environ. Il n'avait plus de caractère officiel depuis l'adoption par l'Espagne du système métrique, mais possédait encore une valeur d'estimation, comme certaines mesures agraires des provinces françaises.

2. *Robo de salvado*. Les pouvoirs de la femme étaient plus étendus lorsqu'elle était veuve, séparée ou tutrice de son mari. Elle pouvait alors administrer les biens communs, vendre les meubles, sauf à solliciter l'autorisation de justice, en plus de celle des héritiers, pour aliéner les immeubles ou les grever. D'autre part, le chap. vi, tit. I, liv. IV du *Fuero General* lui permettait d'accepter sans autorisation maritale un héritage ou un meuble, ce qu'elle ne pouvait faire en Castille.

3. « ...esto es adquirido por titulo lucrativo por los dos », dit Morales (*Memoria*, p. 182). Il s'agit du cas où les époux ont figuré conjointement à l'acte d'achat.

n'avaient d'autre origine que l'absence d'un texte aussi clair que celui de l'art. 1.421 de notre Code civil français; c'est pourquoi une disposition du Code civil espagnol est venue remédier à l'obscurité et à l'insuffisance des textes du vieux Fuero. Pour nous en tenir au seul point de vue historique, cette interprétation du chapitre XIV, titre XII, livre III du Fuero était la seule possible. Autrement il eût fallu dire: le mari ne pourra faire seul aucune acquisition ni aucune aliénation, et ces opérations ne pourront être enregistrées sans qu'il ait à produire toute une série de justifications fort gênantes qui eussent exigé, presque à chaque instant, la liquidation de la communauté conjugale (Morales, p. 182).

Les lois 60 de Toro et 9, titre IV, livre X de la N.R. de Castille auxquelles se référaient les praticiens navarraïss'occupaient des charges et obligations de la société d'acquêts. Étaient dettes communes toutes celles contractées pendant le mariage par le mari et par la femme, dans les cas où celle-ci pouvait légalement obliger la communauté; les arrérages et intérêts afférents à des obligations nées du mariage, les dépenses d'éducation et d'établissement (dot) des enfants. Ces charges étaient supportées en commun avec les revenus des biens dotaux. Le paiement des dettes antérieures au mariage n'était pas à la charge de la société d'acquêts; celle-ci, cependant, pouvait être obligée au paiement en cas d'insuffisance des biens propres, et à charge de récompense.

Pour en terminer avec cette question de gestion des biens du ménage, signalons que les pouvoirs du mari navarraïss se trouvaient assez limités de par la survivance, dans cette province, de l'incapacité velléienne et de l'authentique¹ *Si qua mulier*, dont voici la traduction: « Si quelque femme s'oblige dans un acte ouvrant crédit à son mari, nous ordonnons que cette obligation ne vaudra point, même si la femme renouvelle son engagement, et ce, quelle que soit la forme de la dette; à moins que l'on ne puisse prouver que l'argent versé n'a été employé qu'à l'utilité propre de la femme. » Celle-ci pouvait-elle renoncer au bénéfice de ces deux institutions? Alors qu'en Catalogne la jurisprudence se montrait assez hésitante sur ce

1. Les Authentiques étaient des recueils de lois romaines faits par ordre de Justinien.

point, tout au moins en ce qui concernait le velléien¹, il suffisait à l'épouse navarraise de l'invoquer, nous dit Alonso (I, pp. 158-160) pour se libérer des obligations qu'elle avait pu contracter en tant que caution de son mari (*fiadora de su marido*). Elle n'eût pu le faire en Biscaye, province où les lois civiles, à quelques exceptions près, étaient celles du reste de l'Espagne, quoique les anciens Fors de ce pays eussent gardé trace de la législation primitive des Basques où les droits des femmes étaient très étendus, leur capacité égalant presque celle de leurs maris.

*
**

Le décès de l'un des conjoints, la séparation de corps ou de biens, l'annulation du mariage, tels étaient les événements qui mettaient normalement fin à la société conjugale. Nous savons déjà qu'il n'y avait pas lieu de restituer la dot en cas d'adultère de la femme ou de nullité du mariage prononcée comme conséquence d'un empêchement dirimant connu de la femme et ignoré de son époux. Toutes ces dispositions étaient également applicables aux acquêts. Un notaire procédait à la liquidation de la communauté. Les fruits pendants par branches ou par racines, à la dissolution de la société conjugale, devaient être répartis au prorata du nombre de jours s'étant écoulés depuis le début de l'année jusqu'à la survenance du fait donnant naissance à la dissolution. Le conjoint survivant, à moins qu'il ne fût séparé de biens ou ne voulût renoncer à son usufruit, devait faire procéder à un inventaire; en Navarre, il pouvait même le faire sans l'assistance d'un notaire. Il pouvait, théoriquement du moins, y avoir lieu à récompenses entre le patrimoine commun (acquêts) et les patrimoines propres à chacun des époux, mais les échéances lointaines auxquelles s'effectuaient les liquidations, de par l'existence en Navarre d'une véritable communauté continuée, n'étaient pas de nature à faciliter la tâche des hommes de loi. Non seulement l'époux survivant conservait les lings et hardes et les meubles usuels (*lecho quotidiano*) en toute pro-

1. En fait, le S. C. Velléien interdisait à la femme de s'engager pour quiconque.

priété, mais encore il jouissait, sa vie durant, d'un droit d'usufruit très étendu sur tous les acquêts. C'est l'*usufructo de fealdat*, que nous retrouverons quand nous étudierons les droits du conjoint survivant.

Dans les hypothèses où il y avait lieu de liquider de suite la communauté, le conjoint survivant et les enfants avaient droit à des aliments jusqu'à la conclusion de cette opération. On payait les dettes et les charges, on restituait la dot. L'actif commun devait être réparti également entre le mari et la femme ou leurs héritiers, d'après le système en vigueur depuis la loi 1, titre III, livre III du *Fuero Real*. Le *Fuero Juzgo* (loi 17, tit. II, liv. IV), qui lui est antérieur, établissait déjà un régime d'acquêts, mais sur une base mathématique, chacun des ex-conjoints recevant une part d'acquêts proportionnelle à ses apports.

Les époux pouvaient-ils renoncer à leur part d'acquêts? Cette possibilité était refusée à la femme tant que durait le mariage. La loi 48 des Cortés de 1765 et 1766 vint expressément disposer que l'époux qui se remarierait ne pourrait renoncer en faveur de son nouveau conjoint à sa part dans les acquêts à réaliser¹. Cette loi paraît avoir été édictée dans l'intérêt des enfants du premier lit; il n'était pas possible, même avec leur consentement, de modifier la nouvelle société d'acquêts.

Les textes navarraïss contiennent encore d'autres dispositions relativement au sort des acquêts. Le chapitre III, titre IV, livre II du *Fuero General*, dispose que les père et mère survivants ne peuvent faire vente ou donation sans le consentement de leurs enfants, à moins qu'auparavant ils ne leur aient remis une part des acquêts (*si antes, no parte con ellos, sacando heredad de conquista*). Le chapitre XXIII du même livre concède aux enfants nés d'un premier mariage le droit à une part des conquêts réalisés sous la seconde union, à condition qu'il n'y ait eu aucun partage antérieur. Ces lois protectrices des intérêts des enfants ne sont pas les seules. L'article 2, titre X,

1. « Que el hombre ó mujer binubo, ó que segunda vez casare, no pueda en manera alguna renunciar a favor de su consorte las conquistas que se puedan hacer, y adquirir, y que este ultimo item se entienda sin perjuicio de cualesquiera litispendencia que sobre este asunto hubiere. »

livre XIII de la N. R. reproduit une disposition du For aux termes de laquelle, lorsqu'un ascendant se remarie sans avoir rien réparti entre les enfants issus de son premier mariage, les acquêts réalisés au cours de la seconde union leur profiteront. Il en sera fait trois parts: une pour l'époux remarié, une pour le nouveau conjoint, et la dernière pour les enfants du premier lit ¹.

Et la loi 50 adoptée par les assemblées de 1765 et 1766 précise que l'inventaire et le partage des acquêts du premier mariage ne suffisent point; il faut que les enfants soient effectivement mis en possession de la part qui leur revient, faute de quoi les conquêts de la seconde union recevront l'affectation prévue par la loi 2, titre X, livre XIII de la N.R. ².

Les autres chapitres du Fuero disposent que les acquêts de la femme ne pourront être saisis à raison d'un délit commis par le mari, indiquent comment les frères et sœurs consanguins devront se partager les conquêts, défend au veuf remarié de mettre à la porte (*echar de casa*) ses enfants du premier lit, mais ceux-ci pourront cependant quitter la maison, s'ils le désirent, en emportant ce qui pourra subsister des « arras » ou, à défaut, la moitié des biens composant la dot ³.



Les dispositions du For de Biscaye sur la matière des aliénations étaient plus nettes que celles du For de Navarre. Le

1. « Casando padre ó madre segunda vez sin hacer partición de bienes con las creaturas del primer matrimonio, que lo conquistado, y amejorado durante el segundo matrimonio se comuniquen con las creaturas de primero y que se repartan en tres partes iguales: la una para el que caso segunda vez, la otra para las creaturas del primero matrimonio y la tercera para aquel o aquella que caso con el que deyo de hacer la dicha particion con sus creaturas del primer matrimonio.

« Decreto: A lo cual respondemos, que se haga como el Reino lo pide. »

2. « ...y respecto de que la ley esta espresa, y la intención del Reino, siempre ha sido y es, que no haciendo formal y efectiva partición y entrega de bienes el padre binubo con sus hijos de primero matrimonio hagan suya la tercera parte de lo que se conquistare y ganare en el según sin que este defecto pueda suplirse por la confeccion del inventario.

« Decreto: Hagase como el Reino lo pide. »

3. « ...pero saldrán ellos, si quisieren, sacando las arras si las hubiere, y si no, la mitad de las heredades de la suerte de la madre. » — Cf. MORALES, p. 177.

mari, qu'il fût infançon ou vilain, ne pouvait, sans la permission de sa femme, aliéner à titre gratuit ou onéreux aucune parcelle des biens de son épouse, immeubles, arrhes, ni aucune part des acquêts immeubles (y compris le bétail), même s'il déclarait ne vouloir céder que sa propre part dans lesdits acquêts. Il pouvait, par contre, disposer librement des conquêts mobiliers pour payer les dettes du ménage, sous la seule condition de ne pas nuire à sa femme.

Quant à la liquidation du régime matrimonial, elle différait essentiellement selon que les époux laissaient ou non les enfants (loi I, titre XX). Dans le premier cas, une communauté absolue de meubles et d'immeubles s'établissait entre le conjoint survivant et les enfants: ils devaient partager par moitié. Dans le second cas, la communauté ne comprenait que les meubles et acquêts: les biens fonds, propriété du pré-mourant, revenaient à sa ligne.

Ainsi voyons-nous, dans les provinces basques des deux versants des Pyrénées, un régime matrimonial composé des mêmes éléments fondamentaux, mais dont les détails d'application, notamment en ce qui concernait l'administration et la liquidation, différaient sensiblement suivant les régions.



CHAPITRE X

La puissance paternelle



La puissance paternelle peut se définir : l'ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants, jusqu'à la majorité ou l'émancipation de ceux-ci ¹.

C'est une institution qu'on retrouve dans toutes les législations, mais elle subit des variations de l'une à l'autre suivant le génie de chacune d'elles. Connue à Rome sous le nom de *patria potestas*, elle n'a cessé d'évoluer et de s'adoucir. Très rigoureuse au début, quand le père avait la pleine propriété de ses enfants, pouvait les vendre et possédait sur eux le droit de vie et de mort, elle s'adoucit graduellement vers l'époque classique et au temps des empereurs, mais elle conserva toujours son caractère propre, qui était d'être perpétuelle. Chez les Germains, cette puissance portait le nom de *mundium*. Le *mundium* paternel était absolu et entraînait le *jus vitæ necisque*. Il n'était pourtant pas perpétuel comme à Rome, car le jeune Germain pouvait, d'assez bonne heure, s'émanciper : c'était d'ordinaire entre douze et quinze ans qu'il était autorisé à user de ce droit.

C'est le plus souvent dans les sociétés où le groupe familial jouit d'une certaine autonomie, comme par exemple à Rome, où la décentralisation des pouvoirs était très grande, que l'on trouve la puissance paternelle fortement organisée.

L'autonomie de la famille était un fait général dans le

1. BAUDRY LACANTINERIE : *Précis de Droit civil*, t. I.

pays basque, où les pouvoirs n'étaient pas l'objet d'une centralisation complète; et pourtant, en dépit des règles sociales habituelles, la puissance paternelle, loin d'être tyrannique, s'y révélait, au contraire, assez douce. Sur bien des points, la législation des Basques nous offre en effet des dispositions qui ne peuvent s'expliquer que par le génie spécial de ce peuple.

SECTION I

LES TITULAIRES DU DROIT

D'abord, il y a, tout au moins dans la famille basque en terre française, puissance paternelle ou maternelle suivant les cas. Cela se conçoit si on considère cette puissance comme un attribut direct du droit d'aînesse et comme devant, par conséquent, s'exercer de la même manière. Si donc, à la mort de l'ancêtre, propriétaire du domaine de la famille, l'héritage tombe, de par l'exercice du droit d'aînesse absolu, entre les mains d'une fille, c'est elle qui dans le jeune ménage jouira des prérogatives attachées à la puissance paternelle. Le mari qu'elle a épousé, l'adventice, ne joue qu'un rôle très effacé dans la famille.

Il existait donc au moins une partie du pays basque où la puissance paternelle pouvait être exercée par la mère comme par le père, dans les mêmes conditions et sans aucune restriction. Ce trait, caractéristique des Coutumes basques de France, ne se retrouvait pas dans celles d'outre-Pyrénées, qui, sur ce point, semblent avoir subi plus profondément l'empreinte romaine. La puissance paternelle, considérée comme une prérogative du mâle, n'appartient à la mère qu'à défaut du père. Ceci mérite quelques explications.

La législation haut-navarraise est, en cette matière, particulièrement concise, comme le sont d'ailleurs tous les Fors pyrénéens, sur les points où la pratique quotidienne peut suppléer à leur silence. Il faut parfois examiner certaines dispositions législatives dans leurs plus minimes détails pour découvrir le texte applicable à tel ou tel cas. Il est bien

certain que le mot *patria potestas* ne figure pas dans le For de Navarre, car le pouvoir des parents sur leurs enfants était connu dans cette province sous le nom de tutelle (*tutela*), les parents étant assimilés à des tuteurs légitimes. Il n'est fait à l'institution qui nous occupe qu'une allusion discrète, dans des textes principalement consacrés par le Fuero ou la N. R. à la liquidation de la société conjugale. C'est à leur lumière que nous voyons se dessiner la physionomie de la puissance paternelle navarraise.

Les lois de Navarre, d'après les commentateurs, ne concédaient expressément à la mère ni la puissance paternelle ni la tutelle. On pouvait même lui enlever la direction des enfants quand ceux-ci avaient dépassé l'âge de sept ans. Et cependant, la pratique reconnaissait aux mères les mêmes pouvoirs qu'aux pères; mais, à la différence du système suivi dans les provinces basques de France, ce n'est que quand disparaît l'autorité du père, que celle de la mère s'y substitue. Le For lui concède en outre un droit de jouissance légale sur les biens de ses enfants. C'est ce qui résulte de l'interprétation donnée aux deux textes suivants du Fuero: le chapitre III, titre II du livre IV déclare que « si le mari meurt en laissant une femme, celle-ci se doit de tenir le fief comme son défunt mari, ainsi que dessus est écrit »¹. Ce texte renvoie donc au chapitre précédent, le chapitre II, qui prévoit que, dans l'hypothèse inverse (prédéces de la femme), le mari noble doit tenir le fief de sa femme, élever et guider ses enfants², cette obligation ayant, de toute évidence, sa contre-partie dans l'autorité dont il jouit sur ces mêmes enfants.

Reconnue capable de tenir fief, la femme devait, *a fortiori*, se révéler apte à faire sentir le poids de son autorité sur les membres de sa famille. La reconnaissance de ses droits de puissance paternelle a donc bien été l'œuvre de la pratique

1. « Si el marido muere e finque la muyller, assi ha de tener fealdat como el marido, segun de suso es escripto. » (Le mot *fealdat*, forme vieillie de *feudalidad*, signifie féodalité, mais aussi fief, transmission d'un héritage à titre de fief, condition ou constitution du fief.)

2. « Infanzon casado con su mujer habiendo creaturas, si muere la mujer, el marido debe tener las heredades de la muyller e las suyas teniendo fealdat, e todo el mueble debe recibir e todas las deudas pagar, mientre tuviere fealdat, e debe crear e conseyllar sus creaturas. » (2, tit. II, l. IV.)

coutumière, suivant un processus contraire à celui qui se déroulait en Castille ¹.

En Biscaye, la puissance paternelle était connue sous le nom de *poderio paternal*, et, d'après la loi 1, titre XXII du Fuero, elle ne prenait fin qu'au mariage des enfants et aussi quand le père ou la mère survivant contractaient un nouveau mariage; ce dont nous pouvons conclure qu'elle appartenait aussi à la mère, à défaut du père.

L'exercice de la puissance paternelle cessait normalement quand l'enfant atteignait sa majorité, que cet enfant fût légitime, légitimé, adoptif ou naturel reconnu. On sait que la majorité matrimoniale des Coutumes basques était relativement basse. En France, on avait admis, dans les derniers siècles de l'Ancien Régime, que la survenance de cette majorité emportait par elle-même émancipation dans tous les pays coutumiers (sauf en Poitou pour le fils non marié) et même, nous dit P. Viollet, dans les pays de droit écrit, au moins quant à la personne. L'émancipation tardive d'un fils âgé de cinquante, faite en 1792 à Limoges, dans l'esprit du droit romain, apparaît à cet auteur comme très exceptionnelle (*op. cit.*, p. 524).

Théoriquement, depuis l'Amejoramiento du Fuero, la majorité légale était fixée en Navarre à l'âge de douze ou de quatorze ans, suivant le sexe; mais, en fait, la majorité véritable fut fixée par la pratique à l'âge de vingt-cinq ans ². Autre différence avec les Coutumes basques de France: alors

1. Une question controversée portait sur le point de savoir si la loi 1, tit. III, l. IV du Fuero Juzgo concédait à la mère la P. P. La loi 8, tit. I, l. III, ne disait-elle pas: « En cas de décès du père, la femme peut marier ses enfants »? Les pouvoirs de la mère sont beaucoup mieux définis dans les Fors municipaux, qui placent souvent la mère sur le même pied que le père (Fors de Cuenca, de Baeza, de Palencia, etc.). D'après eux, la tutelle ne s'ouvrait qu'à la mort des deux parents. A la mort du père, les enfants passaient simplement sous la puissance de leur mère. Le Fuero Real se rapproche à ce point de vue des Fors municipaux.

Mais la législation de « las Partidas », directement inspirée du droit de Justinien, ne conférait la puissance paternelle qu'aux ascendants mâles, et l'étendait aux petits enfants et à tous les descendants en ligne directe légitime seulement. Elle l'enlevait à la mère ainsi qu'à tous les parents du côté maternel, disposition qui fut durement critiquée dans un pays où les femmes pouvaient succéder à la couronne au même titre que les hommes.

2. Rapporté par Alonso, par Morales (p. 35), par Castejón (p. 138). Cette majorité était nécessaire pour administrer, ester en justice. Celle de quatorze ans suffisait pour se marier, pour tester.

que dans celles-ci la puissance paternelle, au décès des parents, passait à l'héritier ou à l'héritière, sans distinction de sexe, en Navarre et en Biscaye elle ne pouvait appartenir qu'au tuteur.

SECTION II

ÉTENDUE ET ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Pendant la minorité de leurs enfants (pratiquement, celle-ci prenait fin, non seulement par l'effet de l'âge, mais aussi par le mariage de l'« assujetti », de l'héritier, ou par l'émancipation volontaire du cadet s'en allant chercher fortune au dehors), les parents basques, comme tous les parents, assumaient la charge de nourrir, guider, éduquer leurs enfants, proportionnellement à leur état ou condition. Nous pensons, malgré le silence de la plupart des textes, que les parents jouissaient du droit de correction, à l'exemple du droit commun coutumier français ou des dispositions des Fors de Castille (Fors de Zamora, de Cuenca, de Soria), qui permettaient aux pères de faire incarcérer leurs enfants par voie de correction, ou de les déshériter. « Tout maître et chef de maison peut châtier (*castigar*) femme et famille, sans que nul y puisse porter obstacle », nous dit aussi l'article 7 des privilèges concédés à Barèges par les comtes de Bigorre, en 1404.

Les parents représentent en justice leurs enfants. On voit poindre, dans certains Fors, la notion de responsabilité civile. Ce que nous savons déjà de l'organisation patriarcale de la famille nous permet de comprendre que les Coutumes ne se soient guère souciées des oppositions d'intérêts qui pouvaient s'élever, tout à fait exceptionnellement, entre les mineurs et leurs parents. Il faut attendre nos Codes modernes pour lire des dispositions dans le genre de celle-ci : « Si, sur quelques points, les parents ont un intérêt opposé à celui de leurs enfants, il sera nommé à ceux-ci un tuteur *ad hoc* sur la demande du père ou de la mère, du procureur ou d'un parent quelconque »¹. Par contre, nous verrons à la section suivante que

1. Art. 165 du Code civil espagnol.

des précautions spéciales étaient prises quand l'époux survivant, qui exerçait la puissance paternelle, se remariait.

Le père de famille avait le droit d'administrer et de jouir des biens propres de ses enfants qui pouvaient leur être advenus par voie de donation, succession ou legs. Bien entendu, il ne pouvait les aliéner s'il s'agissait de biens avitins; mais, en ce qui concernait les biens mobiliers, les solutions différaient. Si le patrimoine appartenait à un enfant naturel reconnu ou à un enfant adoptif, les parents devaient fournir caution car leur droit d'usufruit légal ne pouvait s'exercer (Cf. Code espagnol, art. 166). Le For de Biscaye, particulièrement soucieux de protéger les intérêts des enfants, obligeait le père à faire inventaire et à fournir caution, tout comme un tuteur étranger, l'usufruit ainsi conféré au père n'étant que la contrepartie des obligations qu'il avait envers ses enfants.

Aucun doute ne pouvait s'élever relativement au sort du pécule profectice (biens gagnés par le fils de famille en compagnie de son père). Dans les trois provinces qui ressortissaient au Parlement de Navarre et où se produisaient les effets de la puissance paternelle romaine, ce pécule, possédé par le fils, appartenait cependant au père de famille en propriété. Le For réformé de Béarn (art. 1, rub. « De pay et filh ») est fort explicite à cet égard: « Les choses gagnées par le fils avec les biens du père, lui vivant, appartiennent au père, tant en propriété qu'en usufruit. » Par contre (art. 3): « Ce que le fils a gagné par sa profession ou son industrie reste sa propriété, à charge de nourrir son père en cas de nécessité. » Quant à la formation de l'avitinage, on admettait généralement que le fils était premier possesseur. Ces biens devenaient donc avitins sur la tête de ses petits-enfants.

Nous savons que le droit romain s'appliquait, dans les provinces basques d'Espagne, à titre supplétif. Nous retrouvons donc les mêmes distinctions entre les différents pécules: *castrense*, *adventice*, *profectice*. Le mineur avait la propriété et l'usufruit des deux premiers d'entre eux (le pécule *castrense* était constitué par le travail personnel du fils, le pécule *adventice* par ce qui lui était donné ou légué), mais non leur administration, qui appartenait au père, celui-ci ne pouvant aliéner ni grever sans autorisation les biens en dépendant. La loi 3,

titre IV, partie V, de *las Partidas* permettait à l'enfant de disposer d'une part de son pécule personnel en faveur d'une mère, d'une sœur ou de la personne qui lui avait appris un métier.

Ce droit des pécules peut nous paraître assez dur, mais il était cependant plus favorable aux enfants que le système de l'*unitas personæ* qui devait exister auparavant, et en vertu duquel les pères avaient l'usufruit et la propriété de tous les biens de leurs enfants, à quelque classe qu'ils appartenissent (Fors municipaux castillans), si bien que le gain d'un enfant devait, à la mort des parents, être partagé entre ses frères et sœurs.

En dehors de ces pouvoirs d'autorité et d'administration, la puissance paternelle se traduisait encore par le droit pour les parents de consentir au mariage de leurs enfants, et par l'existence d'une obligation alimentaire réciproque.

En ce qui concerne le consentement à donner au mariage des enfants, les Coutumes basques françaises placent le père et la mère exactement sur le même pied, ce qui ne doit pas nous étonner, puisque nous savons que, dans ces Coutumes, la femme héritière avait une autorité supérieure à celle de son mari. Les textes parlent d'ailleurs du consentement du père et de la mère. Au contraire, le For de Haute-Navarre et les lois postérieures étaient peu explicites; des discussions en résultaient. Aussi, ce droit de contrôle fut-il expressément reconnu aux mères de famille par la Pragmatique du 28 avril 1803, dont les Cortés de 1818 demandèrent l'application en Navarre. Cette disposition ne fut modifiée ni par la loi du 20 juin 1862 sur le mariage civil, ni par le Code. Nous n'insisterons pas davantage sur cette question du consentement des parents, qui a fait l'objet de développements importants au chapitre du mariage.

La question de l'obligation alimentaire est traitée dans les différents for et Coutumes de façon assez inégale. Les Coutumes basques françaises la sous-entendent. Ce que nous savons déjà du système de la co-seigneurie nous permet d'en comprendre la raison: toute la famille vivait unie sous le même toit, à même pain et pot. Plusieurs de ses membres étaient co-propriétaires du domaine: le père et son héritier marié,

parfois même aussi le grand-père, maître *très ancien*. Les autres, les cadets sans fortune, travaillent pour la prospérité de la maison qui en revanche les nourrit. L'obligation alimentaire existe donc, en fait, entre la famille, considérée comme une sorte d'entité juridique, et l'ensemble de ses membres. Elle apparaît dans les textes au moins dans l'hypothèse où l'intégrité du patrimoine familial est menacée par la mauvaise gestion du maître ancien. Alors le maître jeune peut prendre en mains l'administration de sa part offrant de le nourrir. (Soule, XXIV, 29; Labourd, IX, 25.)

Dans les provinces espagnoles, l'obligation alimentaire entre parents et enfants était généralement respectée: sa méconnaissance entraînait déchéance de la puissance paternelle. Le For de Biscaye prévoit que lorsque les parents négligent de nourrir leurs enfants et d'administrer leurs biens, deux tuteurs seront désignés, choisis à raison d'un dans chaque ligne, sans qu'aucun des parents coupables puisse intervenir dans cette nomination. En Haute-Navarre, l'héritier auquel il était fait don de la quasi-totalité du domaine familial s'engageait, par voie de stipulation portée à son contrat de mariage, à pourvoir à la nourriture et à l'entretien de ses parents. Sous l'influence du ferment individualiste importé en Espagne dans les fourgons de Napoléon, certains, excipant du silence des textes légaux, songèrent-ils à se soustraire à l'accomplissement d'un devoir d'élémentaire gratitude? Toujours est-il que bien que ce silence ne fût que relatif, ainsi que nous le verrons à propos de l'usufruit du conjoint survivant, les Cortés de 1818 obligèrent expressément parents et enfants à se prêter mutuellement aide et assistance, sous peine d'y être contraints par l'alcalde et le regidor. Plus tard, la loi de 1862 sur le mariage civil qui s'appliquait à toute l'Espagne, vint préciser que cette obligation alimentaire réciproque s'étendrait en ligne directe, ascendante et descendante, suivant la parenté la plus proche en degré.

Depuis cette époque, il fut universellement reconnu que la cessation de la puissance paternelle laissait subsister l'obligation alimentaire ainsi que le devoir pour les enfants de demander conseil à leurs parents quand ils se mariaient.

Signalons enfin qu'un certain nombre de textes du For

réformé de Béarn (rub. « De pay et filh ») établissent nettement cette obligation. C'est d'abord l'article 3 déjà cité, relatif au pécule personnel du fils, puis l'article 4 que nous retrouverons plus loin et qui prévoit que le père remarié perdra le bénéfice de l'usufruit dont il jouissait sur les biens de son enfant; enfin l'article 7, dont la rédaction est curieuse : « Le père doit nourrir le fils s'il n'est de mauvaise vie; mais, pour ce, il ne peut être contraint de vendre son bien. »¹

SECTION III

PERTE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Les Coutumes basques françaises, peu riches en textes concernant la puissance paternelle, n'envisageaient point de causes de déchéance particulières en dehors de l'hypothèse où le maître ancien gérait mal la portion du domaine dont l'administration lui était réservée. Il est cependant certain que la puissance paternelle prenait fin au décès de celui qui l'exerçait, quitte à passer sur la tête du conjoint ou d'un collatéral (sur la personne du frère aîné)², ainsi qu'à la mort de l'enfant qui s'y trouvait soumis ou à son émancipation, par mariage ou autrement. Les Fueros de Navarre et de Biscaye prévoyaient que l'indignité des parents, négligeant de nourrir leurs enfants et d'administrer leurs biens, entraînait déchéance de la puissance paternelle. En ce cas, il fallait, en Biscaye, procéder à la nomination des deux tuteurs prévus par le For. Quant à la déchéance envisagée en tant qu'accessoire d'une condamnation pénale, elle ne fut bien fixée que par les lois de 1889 et 1898 en France, et en Espagne par la loi du 26 juillet 1878 (art. 466 du C. P.). Encore exige-t-on en Espagne que l'ascendant coupable soit frappé en même temps d'interdiction légale.

1. « Lo pay deu neurir lo filh, si no es de mala vita : més per lo neurit no pot esta constret de vende son beés. »

2. « Si le survivant va de vie à trépas, l'enfant, aîné ou aînée, âgé de dix-huit ans, a la garde des autres enfants soit du premier ou second mariage ensemble, des biens en faisant aussi l'inventaire et baillant caution comme ci-dessus. » (Labourd, 2, X; Soule, 2, XXV.)

Un des traits caractéristiques de la Coutume haut-navarraise paraît être la perte de la puissance paternelle encourue par l'époux survivant remarié à l'égard des enfants du premier lit. Conséquence : un tuteur ou curateur leur sera donné jusqu'à leur majorité. Telle n'était pas la solution admise en Soule et dans le Labourd, où l'on confirmait l'époux remarié dans l'exercice de ses droits sous la seule obligation de faire inventaire et de fournir caution. « Le père ou la mère survivant a la garde des enfants qui sont demeurés mineurs d'ans, ensemble de leurs biens de lignée ou papoage, aussi des biens par le décédé acquis, tant durant leur mariage qu'auparavant; combien que le survivant ait convolé en secondes noces, moyennant ce qu'il fasse inventaire et baille caution de conserver iceux biens et de les rendre non détériorés. » (Labourd, 1, X; Soule, 1, xxv.)

Il n'en allait pas de même, avons-nous dit, en haute-navarre et en Béarn. Dans cette dernière province, le père remarié conservait l'exercice de la puissance paternelle sur la personne de son enfant, mais perdait son droit de jouissance légale. « Le père perd l'usufruit des biens de son enfant à lui advenus lors du décès de sa mère, s'il se remarie, toutefois le fils devra nourrir le père en cas de nécessité », nous dit l'article 4 du For réformé, rub. « De pay et filh ». En Navarre espagnole, un nouveau mariage entraînait perte totale de la puissance paternelle. L'*in fine* du chapitre III, titre I, livre IV du Fuero l'établissait déjà; une loi donnée aux Cortés de Tudèle en 1558 et devenue la loi 1, titre X, livre III de la N. R., dispose que « el padre, por casarse segunda vez, pierde la tutela y administracion de las personas y bienes de las criaturas del primer matrimonio. »

Cette disposition, toujours en vigueur ainsi que l'a expressément reconnu un arrêt de la Cour suprême du 31 mars 1892, peut nous paraître bien sévère; elle est cependant logique si l'on veut bien se rappeler que la législation navarraise admettait — et admet encore — le système de la communauté continuée, même en cas de nouveau mariage contracté par l'époux survivant. Sans doute, dans cette hypothèse, la liquidation de la société conjugale primitive était-elle hautement souhaitable, mais il n'était pas possible de l'imposer au

conjoint remarié. La loi conférait aux enfants du premier lit une sorte de sûreté en leur ouvrant droit au tiers des acquêts réalisés par le nouveau ménage. Leur mise était constituée par la moitié des acquêts qui aurait dû revenir à leur mère ou leur être distribuée à la dissolution du premier mariage. Intéressés malgré eux aux gains du nouveau ménage et associés privilégiés car ils ne pouvaient participer à ses pertes, leur sort, assez enviable, pouvait leur attirer l'hostilité de la marâtre, des oppositions d'intérêts risquaient d'apparaître entre eux et les membres de la famille nouvelle, et la situation de l'époux remarié, arbitre naturel de ces sortes de conflits, se fût souvent révélée délicate. En retirant au père remarié l'exercice de la puissance paternelle, le législateur navarrais a donc pensé que les intérêts des enfants seraient mieux défendus par un tuteur désigné par le conseil de famille.

Nous constatons, avec les commentateurs, que son intention témoigne plus de son souci constant de conserver les biens dans les familles, que de celui de maintenir les liens d'autorité et d'affection existant entre parents et enfants. Il apparaît que le père de famille navarrais aurait pu conserver au moins une certaine autorité sur la personne de ses descendants, à l'exemple de ce qui se passait dans la plupart des provinces d'Espagne et aussi en Béarn. Il n'aurait dû en être dépouillé que dans certaines circonstances exceptionnelles prévues par la loi ou laissées à l'appréciation du conseil de famille. Contracter une nouvelle union ne constitue pas, nous dit Morales, un acte répréhensible. C'est l'exercice d'un droit légitime. C'est souvent le moyen de régulariser une situation fautive. Pourquoi, dès lors, priver le père de toute autorité sur ses enfants? Pourquoi les obliger à quitter la maison paternelle pour aller habiter chez leur tuteur? Pourquoi, sous l'aiguillon de la crainte d'un préjudice hypothétique qui pourrait leur être causé, briser un amour filial? Le fait que l'époux remarié, devenu veuf à nouveau, recouvrait l'exercice de la puissance paternelle n'enlevait rien à la justesse de ces observations ¹.

Il est vrai qu'en pratique, cette perte de la puissance paternelle n'entraînait pas de conséquences bien dramatiques. Le

1. En Biscaye, on considère comme toujours en vigueur une disposition du Fuero (1, tit. XXIV) dont les termes sont analogues.

vieux Fuero permettait en effet aux enfants de se refuser au partage de l'actif commun que pouvait leur proposer le père, ou plus exactement de se refuser à prendre la part qui leur revenait dans cet actif¹. En cette occurrence, le père, même remarié, conservait tous ses droits sur la personne et sur les biens de ses enfants. Sans doute, les deux textes de la N. R. déjà cités (lois 1 et 2 du tit. X, liv. III) contenaient-ils des dispositions tout à fait nouvelles. Mais les Navarrais surent s'en accommoder. La liquidation et le partage des biens communs avaient généralement lieu, afin d'éviter que les enfants du premier lit ne puissent prétendre à une part des acquêts réalisés pendant la seconde union; par contre, les enfants ainsi pourvus demeuraient à la maison paternelle jusqu'à leur établissement, sous l'autorité de fait de leur père, même remarié. Celui-ci avait d'ailleurs la possibilité de se faire nommer, par le conseil de famille, tuteur de ses propres enfants.

La liquidation et le partage des biens communs prévus par le Fuero peuvent être faits sur l'initiative du père ou sur celle du conseil de famille agissant au nom des enfants. Une fois ceux-ci effectués, on s'est demandé si le père demeurerait tenu, sur ses biens personnels, des frais de nourriture et d'entretien de ses enfants. L'obligation alimentaire subsistant à leur égard, il apparaît qu'il s'agit là d'une question de fait. Si la mère a laissé à ses descendants une fortune importante, il serait injuste que le père remarié dût continuer à les nourrir. Par contre, la remise aux enfants d'une dot maternelle faible et d'une part d'actif commun peu importante ne saurait libérer le père de toute obligation vis-à-vis d'eux.

A la veille de la rédaction du Code civil espagnol, Morales se faisant l'interprète d'un certain nombre de ses collègues navarrais, estimait que cette législation si respectable avait

1. « Si este infanzon dijese a sus creaturas: Non puede ser que non case et prendet vuestra suert; si quisieren prendran; si non quisiere prender el padre no los pueda constrenir. Mas casara y tendra casa con la mujer y con los hijos. Et tiempo pasado, si las creaturas quisieren et disieren al padre: « Dadnos nuestro dreito », develis dar el padre. » (Chap. III, tit. IV, l. II du Fuero.)

Traduction: « Si l'enfançon dit à ses enfants: Prenez la part qui vous revient et que ceux-ci ne la veuillent prendre, le père ne les pourra contraindre. Ils se mariera et gardera ses enfants à la maison. Si plus tard les enfants veulent prendre leur part, le père devra la leur donner. »

besoin de quelques retouches, et ce, malgré les tempéraments apportés par la pratique. Il demandait que le père remarié conservât tous ses droits de puissance paternelle sur la personne de ses enfants, disposition qui eût favorisé le maintien de l'autorité familiale, une des bases de la tradition basque. Cette idée fut favorablement accueillie par le législateur, quoique, en Navarre, la perte de la puissance paternelle soit demeurée le lot de l'époux remarié, ainsi qu'en témoigne l'arrêt de 1892 que nous avons signalé.

Mais que se passe-t-il si c'est la mère qui se remarie? Morales estimait qu'elle n'avait pas les mêmes raisons que le père de conserver l'exercice de la puissance paternelle. Alors que le mari, dans son nouveau ménage, est toujours le chef de famille, la femme remariée subit une véritable *capitis diminutio*. Elle est soumise à l'autorité du mari, même si elle est héritière (nous sommes, ne l'oublions pas, en Navarre espagnole). Il est à craindre que ce ne soit plus la femme qui exerce en fait ses droits de puissance paternelle sur ses propres enfants, mais son nouvel époux. Mieux vaut donc les lui retirer complètement, quitte à les lui rendre si elle devient à nouveau veuve, à moins qu'une disposition testamentaire de son défunt mari ou une déclaration expresse du conseil de famille ne les lui maintienne. Telle était la solution admise en pratique : c'est d'ailleurs celle à laquelle se sont rangés les auteurs du Code civil espagnol. Ce qu'il faut retenir de tout ceci, c'est la différence de conception que l'on relève dans les Coutumes des deux versants des Pyrénées basques relativement à l'exercice des droits de puissance paternelle par la femme : dans les provinces françaises, ses droits sont égaux à ceux de son mari, alors qu'en Haute-Navarre ils ne lui appartiennent pas de droit naturel. Ce n'est que quand la personnalité du mari s'efface que celle de la femme apparaît. Les droits dont elle jouit sur la personne et sur les biens de ses enfants, elle ne les tient que de la volonté présumée du défunt. Si la veuve se remarie, cette volonté cesse d'être présumée et la tutelle s'ouvre.

SECTION IV

FAIBLESSE DE LA PUISSANCE PATERNELLE
AU PAYS BASQUE

Bien différent du despote romain ou germanique, le chef de famille basque ne jouit à l'égard de ses subordonnés que d'une autorité relativement faible, à laquelle la Coutume fait de nombreuses brèches. Celle-ci s'inspire en effet, dans son ensemble, d'un double objectif : favoriser l'établissement de nouveaux foyers et conserver le patrimoine familial. Ces deux tendances sont, jusqu'à un certain point, antagonistes, et nous verrons, à propos des développements qui seront consacrés au droit d'aînesse et aux successions, que la seconde tendait nettement à l'emporter sur la première, qui ne se traduisait guère que par la fixation d'une majorité matrimoniale relativement basse à partir de laquelle les enfants pouvaient valablement se marier sans le consentement de leurs parents. Ce n'était pas là d'ailleurs le seul signe de faiblesse de la puissance paternelle au pays basque.

Ainsi que nous l'avons déjà signalé, la Coutume désigne l'héritier. Dès sa naissance, celui-ci se considère comme le maître futur et ses frères et sœurs apprennent à le respecter comme tel. Il s'opère un grand changement dans sa condition quand il contracte mariage et reçoit une dot. Il s'établit alors, entre son père et lui, une co-seigneurie. Cette curieuse institution, dont nous avons déjà parlé à propos du régime de la dot, ne s'applique pas seulement à la maison noble, mais à toutes les maisons indistinctement. Aux termes de l'art. 8 (rub. XXIV) des Fors et Coutumes de Navarre, « les fils et filles, héritiers et héritières, mariés au moyen de la constitution de dot, seront faits co-seigneurs avec leurs pères et mères propriétaires de maisons, biens et possessions de papoage et avitins »¹. Il se forme ainsi une sorte de société entre les parents qu'on appelle maîtres vieux (*etchecho jaunak*) et l'héritier ou maître jeune (*etchecho premua*), aux termes de laquelle,

1. Sur ces mots, v. *infra*, chap. xv, section 1.

en échange de la dot apportée dans la maison et comptée au beau-père et à la belle-mère de l'époux dotal, l'héritier et sa femme (ou l'héritière et son mari) peuvent user, pour leurs besoins personnels, de la moitié des revenus du domaine, comme maîtres et seigneurs. Une vie commune et patriarcale s'établit ainsi entre le vieux et le jeune ménage: la maison forme une société domestique où tout est réglé par la loi ¹.

On pourrait croire qu'il n'en était pas de même lorsqu'une cause de mésentente sérieuse avait surgi entre parents et enfants, ainsi par exemple, quand l'aîné, excipant de sa majorité matrimoniale, s'était marié sans l'assentiment de ses père et mère, soit qu'il ne l'ait point sollicité, soit qu'il ait passé outre à leur avis. Or, même en cette hypothèse, l'aîné, pourvu que son époux adventice apportât une dot convenable, peut exiger du chef de famille le partage des revenus des biens de lignée. Telle est du moins l'opinion de Cordier, qui se base, semble-t-il, sur le commentaire de Bela plus que sur les textes coutumiers qui ne nous semblent pas probants, car ils ne se réfèrent expressément qu'à l'ouverture d'une succession ². Aussi ne l'indiquons-nous que sous toutes réserves. Succéder à ses parents quand on n'a rien d'autre à se reprocher que de s'être marié sans leur consentement à l'âge où

1. La coseigneurie et le partage entre les parents et l'héritier pouvaient avoir lieu à la deuxième génération comme à la première (Nav. XXIV, 14, 15 et 16; Soule XXIV, 23). On pouvait donc voir, sous le même toit, trois et même quatre ménages: les grands-parents, les parents, enfants et petits-enfants, vivant ainsi ensemble, sur un pied d'égalité de fait. Il résultait de ce système que les enfants et petits-enfants succédaient à leurs ascendants du vivant même de ceux-ci. La transmission des biens se faisait donc automatiquement. Les coutumes avaient établi ces règles pour que les maisons et les terres se trouvassent toujours entre des mains jeunes. Les enfants, qu'encourageait la perspective de devenir rapidement propriétaires, pouvaient en même temps profiter de l'expérience de leurs parents, co-propriétaires avec eux.

Ne nous étonnons donc pas de voir les Coutumes (S., XXIV, 23; L., IX, 19) réitérer l'obligation de partage entre parents et enfants pour l'étendre à toutes les générations: « Si le second fils ou fille a un enfant d'âge de se marier, et si, de plusieurs enfants l'aîné se marie, soit du consentement de ses père et mère ou du survivant, ou le fils après vingt-cinq ans et la fille après dix-huit ans passés, il peut venir au partage en qualité que dessus. S'il veut demeurer à part, il doit avoir la moitié de cette moitié que le premier fils son père a eue pour partage, et ainsi consécutivement les autres enfants qui succèdent de degré en degré. »

2. « Mais si l'aîné ou aînée dedans le temps de vingt-huit ou vingt ans respectivement n'est colloqué en mariage par les père et mère ou autre ascendant respectivement, et après ledit âge contracte mariage, posé que ce soit contre la volonté d'iceux ascendants, néanmoins succède à ses père et mère et à tout autre ascendant. » (Lab., XII, 12; S., XXVII, 28).

l'on pouvait légalement s'en passer, est une chose; mais obliger ces mêmes parents à remettre la moitié de leur fortune à celui qui vient d'encourir leur réprobation, en est une autre. Si l'on admet l'assimilation des deux hypothèses, il y a bien là, en effet, une disposition exorbitante du droit coutumier basque, consacrant de la sorte en faveur de l'aîné, ainsi que le fait observer Cordier, un droit « peu respectueux, désagréable, insupportable même, car, dans le partage, s'il n'y a qu'une maison, celle-ci se divise en deux pour l'habitation et le jeune ménage qui, d'autorité, s'installe près de l'ancien, peut amener avec lui la discorde »¹.

Ce régime de la co-seigneurie est essentiellement basque, et nous dirons même basque français. Il existait — et il existe encore — quelque chose d'analogue dans les provinces basques d'Espagne. La co-seigneurie n'y naissait point de la remise de la dot aux beaux-parents, mais plus simplement d'une donation *propter nuptias* portant sur une part plus ou moins importante du patrimoine, l'ascendant donateur se réservant, par voie de stipulation insérée au contrat de mariage, le droit de jouir et même celui de disposer sans fraude d'une partie des biens compris dans la donation. Parfois aussi cette réserve prenait fin quand les parents, parvenus à un certain âge, ne se jugeaient plus capables de bien administrer. Mais ces donations étaient irrévocables, et, d'autre part, il n'était pas possible à l'enfant d'y renoncer, sous peine de perdre ses droits d'héritier. Aussi, donateurs et donataires devaient-ils continuer à vivre sous le même toit, même si quelque désaccord (*desvanecida*) venait à surgir entre eux.

Prévoyant cette éventualité, les conventions matrimoniales envisageaient la possibilité d'isoler matériellement à l'intérieur de la maison les maîtres anciens des maîtres jeunes, en leur constituant, en quelque sorte, des appartements distincts, chose possible, car la maison basque est d'ordinaire assez vaste. Il était généralement stipulé que les parents pourraient conserver la chambre à coucher qu'ils occupaient antérieurement. Ces

1. CORDIER: *Organisation de la famille chez les Basques*, p. 43. Remarquons que si l'héritier épouse une femme sans dot, aucun partage n'est effectué. Les parents conservent la libre disposition de la totalité des revenus de la maison familiale.

clauses témoignent du souci des Basques d'éviter à tout prix une rupture désastreuse pour les intérêts du domaine. Le départ de l'héritier, considéré comme une véritable désertion, valait renonciation tacite à ses droits successoraux.

Si les séparations des jeunes et des vieux ménages étaient en fait très rares, cela tenait à la volonté de tous les membres de la famille de maintenir intact l'honneur de la maison et d'éviter tout scandale. Il n'en coûtait pas de remplir des devoirs qu'on avait appris à observer dès l'enfance, de solliciter l'avis des parents sur le choix de son futur conjoint et, une fois marié, de vivre en bonne harmonie avec les maîtres anciens. Le respect du caractère sacré du père, le respect de sa vieillesse étaient regardés comme une loi de Dieu, une prescription de la Coutume, une tradition de famille. Bien peu osaient se révolter contre une autorité, somme toute assez douce : les héritiers craignaient trop que leur attitude envers leurs vieux parents ne les fît pleurer un jour des larmes de sang sur la conduite de leurs propres enfants.



Cette indépendance, au moins théorique, que la Coutume assurait aux enfants, et particulièrement à l'aîné à l'égard de ses parents, n'est pas le seul signe de faiblesse de la puissance paternelle au pays basque. Le grand principe de la conservation des biens dans les familles dont s'inspire le droit basque donna naissance à des dispositions d'une incompatibilité évidente avec l'existence d'une autorité paternelle fortement constituée.

C'est ainsi que nos Coutumes défendent au père de famille de vendre, hypothéquer ou aliéner d'une façon quelconque les biens de lignée sans le consentement de l'aîné émancipé ou marié, car le mariage émancipe. C'est ce que nous disent, en termes exprès, les Coutumes de Labourd et de Soule au titre des *Venditions et autres aliénations* (Labourd, v, 1 ; Soule, XXIV, 25) : « L'on ne peut vendre, hypothéquer ou autrement aliéner les biens papoaux et avitins, si ce n'est pour assignation de mariage ou urgente nécessité, et aliénations

autrement faites sont nulles et de nul effet et valeur, si ce n'est qu'elles soient faites du consentement de l'aîné émancipé ou du plus proche qui par la Coutume doit succéder. » Ces derniers termes « ou du plus proche qui par la Coutume doit succéder » prévoient le cas où l'aîné des enfants émancipé par le mariage serait exclu de la succession paternelle ou maternelle pour s'être marié sans le consentement de ses parents (à condition qu'il fût dedans l'âge de vingt-huit ou de vingt ans, comme par exemple en Labourd). Bela ajoute¹ que l'on ne pouvait davantage disposer par acte de dernière volonté des biens avitins en faveur d'étrangers sans le consentement de l'héritier. Inversement, il est vrai, l'héritier ne pouvait aliéner partie des biens compris dans son lot sans le consentement de ses père et mère (S., xv, 11; Lab., v, 6).

Rappelons enfin que l'ascendant n'était même pas libre de gérer comme il l'entendait la moitié des biens dont la jouissance et l'administration lui étaient réservées. Si, pour une raison quelconque, il se révélait incapable, ses enfants avaient droit de lui retirer sa part et de la joindre à la leur, offrant de le nourrir (S., xxiv, 29; Lab., lx, 25).



Le chef de famille basque ne ressemble donc nullement aux terribles magistrats domestiques du droit romain, dont les pouvoirs discrétionnaires étaient réellement exorbitants. C'est un protecteur plutôt qu'un juge, un administrateur plutôt qu'un propriétaire. Il est soumis, de par la Coutume, au contrôle de l'aîné de ses enfants, qui doit, à son décès, hériter des biens transmis par les ancêtres, et il n'y a, en somme, que sa qualité de père (ou de mère) qui lui assure le respect et l'affection qui lui sont dus. Sans doute, lui est-il possible de déshériter son aîné, mais ce ne peut être qu'au profit d'un cadet (du moins en France). Et si nous n'avons pas eu à nous étendre longuement sur les effets de la puissance paternelle quant aux personnes, c'est un peu parce que les Coutumes n'avaient pas jugé utile de dire expressément, comme

1. BELA: *Sur la Coutume de Soule*, xxvi, 4.

l'art. 371 de notre Code civil, que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère », considérant ce précepte de pure morale comme suffisamment enraciné au cœur des descendants pour faire contrepoids aux conséquences fâcheuses qui eussent pu naître de ce partage d'autorité au sein de la maison paternelle, caractéristique des législations basques du versant français des Pyrénées.



CHAPITRE XI

Situation des enfants naturels



QUAND le mariage n'était qu'un contrat que l'hidalgo navarrais pouvait librement briser et dont le vilain pouvait se délier pour un bœuf, il est facile de comprendre que la nuance entre le fils légitime et l'enfant naturel ne fût pas toujours bien saisie. Car, ainsi que le fait remarquer P. Viollet, « le bâtard n'entre sérieusement dans l'histoire qu'avec l'apparition de la monogamie. Le développement de la bâtardise coïncide avec un progrès moral considérable, mais le souvenir du temps où tous les enfants étaient placés sur le même rang se perpétua pendant des siècles au sein des nations déjà en possession du mariage. Ce ne fut pas du jour au lendemain que le bâtard tomba au rang inférieur qui devait plus tard être le sien » (*op. cit.*, p. 466).

Les mœurs s'améliorèrent lentement en Espagne avec l'institution du mariage religieux ainsi qu'au prix des efforts de l'Eglise et des Conciles luttant contre une immoralité que le contact avec la polygamie musulmane avait longtemps favorisée. Ce contact ne s'était pas établi sur le versant français des Pyrénées où la vie était demeurée patriarcale. Peut-être est-ce là une des raisons pour lesquelles les Coutumes françaises sont quasi muettes sur les questions de reconnaissance et sur les droits des enfants naturels, alors qu'au contraire les Fueros d'Espagne en parlent avec assez de détails.

Ce n'est pas que l'épithète de bâtard valût à son titulaire un mépris particulier. Guillaume le Conquérant n'en rougissait pas. *Ego Wilhelmus cognomine Bastardus*. Et Dunois,

le compagnon de Jeanne d'Arc, n'était-il pas bâtard d'Orléans? Au XIV^e siècle encore, ce qualificatif de bâtard est accepté volontiers par les assemblées politiques. En 1391, les trois ordres du Béarn élisent pour régent le fils naturel de Gaston Phébus. L'idée de bâtardise ne choque pas les grands seigneurs : l'exemple vient d'en haut. En particulier les rois de Navarre qui ne se piquaient pas de donner le bon exemple et, prêchant la morale, de la pratiquer eux-mêmes, ne se gênaient pas pour proclamer leur paternité irrégulière. Ils célébraient avec pompe le baptême de leurs enfants naturels. Par faiblesse, il arrivait que la Reine parût consentir à ce désordre en comblant de ses faveurs le fils né hors mariage¹.

Cette multiplicité des enfants naturels de sang royal devait avoir en Navarre des conséquences graves pour l'Etat. Les Rois durent les établir et constituer à leur profit des fiefs héréditaires. Ainsi vit-on apparaître des seigneurs turbulents qui formaient des partis hostiles les uns aux autres. Certains, particulièrement ingrats, osèrent même s'attaquer à leur souverain. Les Cortés de 1472 décidèrent bien que les châteaux pris aux seigneurs qui auraient porté les armes contre le Roi reviendraient à la couronne. Palliatif insuffisant! Il était trop tard pour réagir, et la perte de l'indépendance de l'Etat navarrais fut due pour partie à ces luttes intestines qui l'affaiblirent considérablement et facilitèrent la réalisation du coup de force de 1512.

Nous nous proposons de grouper sous quatre sections et d'examiner dans leur développement historique quelques idées relatives aux légitimations, à la reconnaissance de l'enfant naturel, aux droits de l'enfant naturel reconnu et à la situation de l'enfant adultérin dans nos provinces. Nous devons constater, à vrai dire, que les législations basques ne présentaient, en matière de filiation, aucune disposition vraiment originale.

1. Des chartes de Pampelune ont conservé le détail des dons généreux faits par Léonor, femme de Charles III, à trois bâtards à la fois (DE LAGRÈZE, *op. cit.*, p. 196).

SECTION I

LÉGITIMATION

Etudiant plus spécialement le contenu du droit navarrais relatif aux enfants légitimes, Morales a pu noter qu'il n'y avait aucune différence entre cette législation et la loi commune dont la jurisprudence des tribunaux de Navarre s'était d'ailleurs inspirée. Partout on distingue les enfants légitimes des enfants illégitimes, les premiers étant ceux nés d'un mariage régulièrement célébré entre personnes capables, ou même d'un mariage putatif, c'est-à-dire entaché d'un vice majeur dont les deux conjoints ou l'un d'eux seulement ignoraient l'existence. D'une façon générale, les enfants naturels simples, nés d'unions de célibataires ou de veufs, peuvent être légitimés par mariage subséquent si les deux parents réunissent les conditions voulues pour se marier. Quant aux autres modes de légitimation, par lettres du prince ou par rescrit du pape, l'usage que l'on en faisait différait suivant les provinces. La légitimation par rescrit du prince était réglementée par le chap. IX de la Nouvelle 83, tit. I. C'était essentiellement une prérogative du souverain. Si P. Viollet (*op. cit.*, p. 474) a pu constater qu'en Allemagne les empereurs avaient parfois accordé à de grands seigneurs le droit de délivrer des lettres de légitimation, il semble au contraire que les rois de France, et avec eux les chefs d'Etats indépendants (Navarre et Béarn) aient conservé jalousement le droit d'exercer ce privilège, suivant une conception très nette dont témoigne un acte de légitimation consenti par Jean et Catherine d'Albret en 1489¹ :

« Comme à la seule autorité royale et au pouvoir souverain il appartient de changer et d'améliorer la condition que chacun tient de sa naissance et d'élever les hommes en dignité selon leur mérite; comme l'honneur doit être le principe de la vertu (*sic*), il est juste que ceux qui se sont élevés au-dessus de leur père soient, en récompense de leurs mérites, décorés par les princes de plus d'honneurs... »

La légitimation par lettres du prince se révélait très utile

1. Archives de Pampelune, C. 193.

quand la légitimation par mariage subséquent, qui remontait à l'empereur Constantin et devait être considérée comme le procédé normal, s'avérait impossible. Par exemple, en cas de décès ou de mauvaise conduite de la mère. Le chapitre X de la même Novelle 83 prévoyait aussi une légitimation par voie de testament.

Les Coutumes de Béarn admettaient également la légitimation par mariage subséquent et par lettres du prince. Mais, à la différence des Fors d'Espagne où ces deux modes de légitimation produisaient exactement les mêmes effets, il fallait en Béarn, pour que les enfants légitimés par rescrit du prince eussent le droit de succéder : 1° que ce droit leur eût été spécialement conféré dans les lettres de légitimation ; — 2° que les plus proches parents y aient consenti ; — 3° que les lettres aient été octroyées avant la naissance des enfants légitimes ; — et enfin, 4° qu'elles aient été vérifiées à la Chambre des comptes. Quant aux légitimations par rescrit du Pape, elles étaient plutôt rares, car les princes, jaloux de leurs prérogatives, soutenaient volontiers qu'elles ne pouvaient avoir d'effets civils. Il en était ainsi, notamment, en Béarn.

Les Fors d'Espagne, s'inspirant d'une distinction œuvre du droit romain, n'admettaient pas la légitimation de tout bâtard, mais seulement de celui qui était né d'une concubine, sorte de demi-épouse (à laquelle les Espagnols assimilaient volontiers la barragane [le concubinat était devenu à Rome une institution sinon légale, du moins si bien circonscrite par la loi, qu'elle prenait indirectement ce caractère]). Ces enfants de la concubine, ou *liberi naturales*, s'opposaient aux *spurii* du droit romain ou aux *espurios* dans le sens très général que la législation de *las Partidas* donnait à ce mot. Primitivement, les enfants compris dans cette seconde catégorie ne pouvaient être légitimés, même si leurs auteurs étaient libres de tout empêchement pour se marier. Au contraire, les enfants de barraganes étaient traités avec faveur et ils jouissaient en Castille, sous le régime de *las Partidas* et jusqu'aux lois de Toro, d'une présomption de filiation tout à fait analogue à celle dont bénéficiaient les enfants de légitime mariage. Sous l'influence du christianisme, nous dit Viollet (*op. cit.*, p. 472),

les *spurii* furent admis au bénéfice de la légitimation au même titre que les enfants de concubine ou de barragane, à condition qu'ils aient été préalablement reconnus. Enfin, comme à l'époque de la loi 11 de Toro, la barraganie n'était plus admise, on traita désormais comme des enfants naturels ordinaires tous ceux qui n'étaient ni adultérins ni incestueux, c'est-à-dire tous ceux dont les parents eussent pu convoler en justes noces lors de la conception ou lors de l'accouchement ¹.

Quant aux enfants issus d'unions condamnables (adultérins et incestueux), ceux qu'en Espagne l'on continuait à désigner sous le nom d'*espurios*, la loi 11, titre XX du Fuero Real (de Castille) permettait de les légitimer par rescrit du prince. Cette possibilité, qui constituait une source d'abus, fut supprimée par une loi sur les grâces de 1838 qui n'autorisa plus que la légitimation des enfants naturels simples.

En Navarre, où, sur ce point, on était longtemps demeuré fidèle au droit romain, les *espurios* ne pouvaient être légitimés, ni par rescrit du prince, ni par mariage subséquent. Justinien, dans la Nouvelle 74, ne disait-il pas que ces enfants lui étaient odieux, indignes de pitié ? Par la suite, des opinions plus nuancées se firent jour. Covarrubias ² estimait que la loi de Toro ne faisait pas obstacle à ce que fût légitimé par mariage subséquent un enfant adultérin lors de sa conception, mais dont la naissance se plaçait à une époque où ses parents étaient devenus libres, par suite du décès du conjoint de l'époux adultère. Quant aux enfants incestueux, Castejón nous indique (*op. cit.*, p. 159) que le principe admis par la Cour suprême dans une sentence du 26 septembre 1867 était que la loi 11 de Toro devait toujours recevoir application toutes les fois qu'il s'agissait de trancher une difficulté portant sur une question de filiation; et que dès lors, comme, en vertu de cette loi, la reconnaissance expresse ou tacite du père devait précéder la légitimation, on pensait qu'un enfant incestueux ne pouvait être légitimé par mariage subséquent. Deux cédulas royales de 1803 et de 1837 l'avaient cependant admis, moyennant dis-

1. La grande réforme introduite par le Code civil espagnol de 1889 a été de ne considérer comme naturels que les enfants dont les parents, lors de la conception, eussent pu se marier librement, sans dispense de parenté ou d'alliance.

2. Covarrubias (Diego), célèbre jurisconsulte castillan né à Tolède en 1512, mort à Madrid en 1577.

pense de parenté et autorisation pontificale. Ces dispositions étaient de droit applicables dans les provinces basques d'Espagne régies par le droit commun, et les commentateurs Morales et Castejón pensaient qu'elles devaient l'être également en Navarre, quoique ne disposant d'aucun renseignement permettant de l'affirmer avec certitude.

Quant aux droits successoraux de l'enfant légitimé, Alonso constate qu'ils étaient semblables à ceux de l'enfant légitime, que le père de famille ait testé ou non. Mais, étant donné la liberté de disposer dont jouissaient les Navarrais, le légitimé ne pouvait prétendre qu'à la légitime du For, et, en cas de préterition, à une part égale à celle de ses frères et sœurs¹. Lorsque la légitimation ne lui était accordée que sous réserve qu'elle ne porterait pas préjudice aux enfants légitimes (*sin perjuicio de los hijos legítimos*), l'enfant légitimé ne pouvait jamais prétendre à une part héréditaire supérieure à celle que son père voulait bien lui laisser, le père de famille navarrais étant toujours libre, nous dit Castejón (*op. cit.*, I, 145), de disposer à son gré de son patrimoine.

SECTION II

RECONNAISSANCE DES ENFANTS NATURELS

Cette question est intimement liée à celle de leurs droits de succession. On sait en effet que notre ancien droit français n'accordait au bâtard aucun droit sur la succession *ab intestat* du père, mais seulement une sorte de créance alimentaire plus ou moins étendue suivant les régions. En fait, l'état des mœurs permettait l'attribution au bâtard d'une part plus ou moins importante du disponible. Si légalement le bâtard n'avait que peu de droits, en revanche, la recherche de la paternité naturelle était assez facilement admise, en vertu de l'adage connu : *Creditur virgini parturienti*. Elle permettait d'assurer, provisoirement tout au moins, l'existence de la mère et de

1. Sur ces deux points, nous invitons le lecteur à se reporter à la partie de cette étude consacrée au régime des successions.

l'enfant. Ce serment était reçu en justice et la déclaration de grossesse prévue par l'édit d'Henri II de 1556 devait contenir l'indication du nom du père. Tel fut le système admis jusqu'au Code civil, lequel devait interdire en France la recherche de la paternité naturelle.

Nos Coutumes basques sont muettes sur la question de la reconnaissance des enfants naturels. Nous savons déjà qu'elles sont peu riches en textes concernant le droit des personnes. Même silence dans les Fors du Béarn et chez les commentateurs, qui affectent de ne pas s'occuper des bâtards, se contentant de dire qu'« ils ne succèdent point ». Nous devons en conclure que les questions de filiation naturelle étaient régies par le droit supplétif romain. Quant aux droits patrimoniaux des bâtards, ils paraissent, au pays basque français, avoir été des plus réduits. Par contre, leur situation était assez favorable en Navarre espagnole. L'enfant naturel simple, *el hijo de ganancia*¹, celui dont les parents étaient libres et auraient pu contracter mariage, était susceptible d'être reconnu à tout moment, et cette reconnaissance pouvait être faite par témoins, même après la mort du père.

Voici d'ailleurs comment le For de Navarre (I, titre IV, livre IV) envisage les différentes situations qui pouvaient se présenter à l'occasion de la naissance d'un enfant naturel²:

1. Les textes navarrais primitifs distinguaient trois classes d'enfants naturels: le *compix*, enfant doublement adultérin, né de deux personnes mariées séparément; le *forncicino*, enfant adultérin dont un seul des ascendants était engagé dans les liens du mariage; enfin l'enfant naturel simple (*hijo de ganancia*). Alonso, se référant à Cobarruvias, distingue les *hijos naturales*, nés d'une barragane ou concubine, des *nothos*, issus de parents ne vivant pas en concubinage et dont la filiation paternelle était plus incertaine. Il fallait, pour que ces enfants fussent considérés comme naturels, qu'ils aient été l'objet d'une reconnaissance de la part de leur père.

2. « Que si alguno tuviese hijos de ganancia otorgando el padre que es suyo, quando tetare, si la madre crear se lo quiere, develi dar el padre soldada de nodriza, segun la villa, ó la tierra, ó fuere. Aviene a vegadas que la madre por despeito ó por saina non quiere criar su criatura, el padre dandole su dreito de nodriza, et ita la creatura, estons el padre debe ir á la madre dos testimonios ó decirlos: « Assi me testimoniat como yo os presento fuero de nodriza, é non quiero quis pierda mi creatura... », etc. E si la madre non puede criar, puede render la creatura al padre é si el padre non la quiere recibir non far su dreito, puede hechar à la puerta del padre o eill faz vida, con dos testimonios como le riende su creatura que no ha con que criar: e si el padre no la receive, é muere la créatura por culpa del padre, debe el padre peitar omicidio al rey ó al otro Señor daqueill logar, qual omicidio fuere en la comarca. Et quando la creatura echan, si dice el padre delante las testimonias: non creo que esta creatura sea mia, deve lugo el padre y la madre ir al juicio ante el alcalde é por fuero develis ser

« Un homme qui a des enfants naturels reconnus par lui doit payer à la mère qui veut les nourrir les droits de nourrice d'après l'usage local. Si la mère par colère ou dépit ne veut pas allaiter l'enfant, le père va la trouver avec deux témoins et lui dit : Je vais vous offrir les droits de nourrice, je ne veux pas laisser perdre mon enfant. Et si après cela l'enfant vient à mourir, la mère est punie comme coupable d'infanticide. Lorsqu'un homme et une femme libres ont un enfant naturel, si la mère l'abandonne à l'église, dans la rue ou devant une porte, et si le fait est prouvé, cette femme doit être fouettée publiquement et forcée de nourrir son enfant. Lorsqu'elle ne pourra le nourrir, elle le rendra au père. Si celui-ci ne veut ni la recevoir, ni payer les frais de nourrice, la mère peut laisser l'enfant à la porte du père. Si, en ne le recevant pas, le père est la cause de la mort du nouveau-né, il est condamné à payer au roi ou à son seigneur la composition de l'infanticide. Quand l'enfant est abandonné, le père peut dire devant des témoins : Je ne crois pas que cette créature soit la mienne. Alors il se présente avec la mère devant l'alcalde. Si celle-ci fait la preuve avec deux parrains et deux marraines que le père a déclaré que l'enfant était le sien et l'a fait baptiser sous son nom, et que ces témoignages soient reçus sous la foi du serment, alors le père est tenu de recevoir l'enfant comme sien. »

Si, pendant sa vie, le père a déclaré ne pas reconnaître l'enfant comme sien, c'est à la mère qu'incombe l'obligation de prouver par témoins qu'il est réellement l'enfant de l'homme qu'elle désigne (loi 12, t. VI, l. II). On ne se contentait donc pas de la simple affirmation de la femme, même faite sous la foi du serment.

Tels étaient les textes qui en Navarre paraissaient régler la question de la reconnaissance des enfants naturels. Leur insuffisance apparaît manifeste, et les commentateurs s'étonnent qu'ils aient pu fournir à l'ancienne pratique judiciaire une base suffisante. A vrai dire, cette question n'avait jamais cessé d'être dominée par le droit romain, ainsi que devait

juzgado, que la madre pruebe con dos padrinos é con tres madrinas que el padre lis rogo que la bautizassen por suya, é poner nombre; é estas testimonias jurando, debe el padre recibir la creatura por suya. »

le constater un arrêt du Tribunal suprême du 17 juin 1865, auquel se réfèrent la plupart des auteurs qui traitent de l'histoire du droit en Navarre espagnole. Il nous a paru intéressant de le rapporter *in extenso*, car, mieux qu'une longue dissertation ne saurait le faire, il met en valeur les différents arguments employés lors des procès portant sur des questions de reconnaissance.

« En la ville et Cour de Madrid, ce 17 juin 1865, dans le procès pendant devant nous sur le recours en Cassation formé contre un arrêt de la Seconde Chambre de la *Real Audiencia* de Pampelune rendu en faveur de J. J. Aguirre, agissant, en qualité de curateur aux biens de la mineure Eustaquia Alduncin, contre la dame P. Lecuona, veuve de J. J. Alduncin,

« Attendu que le 20 septembre 1843 fut baptisée en l'église d'Ituren une enfant qui reçut le nom de E. de Alduncin, fille naturelle de J. J. Alduncin, lequel assura au curé que cette enfant était née de ses œuvres et de M. F. Erniaga, tous deux célibataires;

« Attendu que J. J. Alduncin s'étant marié postérieurement avec dame P. Lecuona décéda le 5 janvier 1852 laissant un testament dans lequel il déclarait que, n'ayant pas d'enfants légitimes, il instituait sa veuve légataire universelle, ses sœurs et ses autres ayant droit ne pouvant prétendre qu'à la légitime prévue par le For;

« Attendu que le 6 septembre 1862, J. J. Aguirre, en sa qualité de curateur de la jeune E. Alduncin, fit une demande en justice, exposant que cette jeune fille, enfant naturelle d'Alduncin, avait été reconnue par son père, ainsi que le prouvait l'acte de baptême, qu'elle jouissait de la possession d'état de fille naturelle¹, et qu'aux termes de la législation navarraise, lorsqu'un père de famille décédait en ayant omis d'appeler dans son testament des enfants légitimes ou naturels, l'enfant ainsi oublié devait venir en concours avec ses autres frères et sœurs ou hériter du tout s'il était seul. J. J. Aguirre demandait donc que le testament d'Alduncin fût déclaré nul, et que la mineure Eustaquia, son héritière d'après le droit en vigueur dans la province, fût envoyée en possession des biens héréditaires, ainsi que des fruits et intérêts échus depuis la mort du *de cujus*;

« Attendu que la dame P. Lecuona repousse la demande,

1. « ...y considerando en igual sentido por el concepto publico » dit le texte de l'arrêt. (Rapport par Castejón, t. I, p. 150 et suivantes.)

déniant à la demanderesse la qualité de fille naturelle du défunt, son acte de baptême ne réunissant pas les conditions de forme exigées en pareille circonstance par les lois et par l'autorité ecclésiastique, qu'il n'y avait eu aucune reconnaissance légale (*sic*) de paternité, celle-ci devant nécessairement résulter d'une sentence du Tribunal; qu'une telle sentence, alors même qu'elle serait intervenue, n'aurait pu suffire à faire annuler le testament, les enfants naturels n'ayant aucun droit sur les biens de leurs parents, à l'encontre de l'héritier régulièrement institué. Qu'au surplus, la requérante ne pouvait même pas se dire enfant naturelle, cette qualité, aux termes du droit commun ou romain, n'appartenant, en Navarre, qu'aux enfants de la concubine entretenue au domicile paternel;

« Attendu qu'il résulte de l'enquête ordonnée par la Cour, qu'il a été découvert dans la lettre pastorale sur l'administration du sacrement de baptême aux enfants de père inconnu adressée le 5 janvier 1827 par l'évêque de Pampelune au clergé de son diocèse, un passage ainsi libellé : « même si la mère de
« l'enfant révèle quel en est le père, le curé n'en doit faire
« mention dans l'acte de baptême que s'il y a eu au préalable
« aveu et reconnaissance judiciaire; si cette reconnaissance éma-
« nant du père est postérieure à l'acte de baptême, le curé ne
« pourra, de sa propre initiative, modifier les mentions portées
« audit acte sans l'ordre de son supérieur ecclésiastique, auquel
« les intéressés pourront s'adresser s'ils le désirent. . . »;

« Attendu que la demanderesse invoque le témoignage de divers auteurs, ainsi qu'un arrêt rendu, le siècle précédent, par la Cour de Navarre, sur la reconnaissance de la jeune Marie-Rose, fille naturelle de D. Martin de Zozaya; que, dans la présente espèce, la seconde Chambre de la Audiencia de Pampelune a rendu le 5 décembre 1863 un arrêt contraire au jugement de première instance en déclarant: *Primo*, que l'action du curateur de la jeune Eustaquia était bien fondée, et non recevables les défenses et exceptions de la dame P. Lecuona; *Secondo*, qu'Eustaquia n'ayant pas été couchée sur le testament de son père naturel J. J. de Alduncin dont elle était cependant la fille unique, cette prétérition rendait nulle l'institution d'héritier figurant au dit testament; *Tertio*, qu'en conséquence, les biens du *de cujus* situés en Navarre devaient revenir à sa fille Eustaquia, la dame Lecuona devant les lui remettre dans le délai de trente jours, y compris les fruits et intérêts échus à dater du jour de la demande en justice;

« Attendu que le recours en Cassation de la dame Lecuona se fonde sur des violations de la loi qui seraient les suivantes :

« 1° Sur le fait pour la Cour de Pampelune d'avoir retenu comme une preuve suffisante de la paternité d'Alduncin l'indication portée à l'acte de baptême, doctrine contraire à la jurisprudence du Tribunal suprême, fixée depuis un arrêt du 23 juin 1858, et admise par tous les auteurs 1;

« 2° Sur la violation de l'art. 279 de la loi sur la procédure civile, qui n'admet pas la possession d'état (*concepto publico*) comme mode de preuve;

« 3° Et de l'art. 317 de la même loi, qui recommande de passer la force des témoignages au crible de la saine critique. Un témoignage est dépourvu de toute valeur absolue, abstraite. On peut en discuter le contenu. Des témoins ne peuvent déposer sur ce qu'ils ignorent, ils ne peuvent certifier une paternité 2. Il vaut mieux, en cette matière, parler de présomptions que de preuves;

« 4° Sur la méconnaissance des lois 1, titre III, livre I, de la N. R. de Navarre, 2 du For réformé du 16 août 1841, des Nouvelles 18 chap. v, et 89 chap. XII, des lois 10 et 11 du Code, au titre de *naturalibus liberis* et 1 et suivantes du Digeste, au titre des *Concubins*, parce qu'étant donné l'absence de dispositions indigènes sur la filiation, la sentence attaquée s'est référée non pas au droit romain, mais à la loi de Toro qui n'a pas cours dans le pays et répute naturels même les enfants dont la mère n'a jamais cohabité avec le père supposé, circonstance qui était indispensable à Rome;

« 5° Et sur celle des lois 3 et 11, titre VI, livre I du Digeste, ainsi que des alinéas 1, titre IX, livre I; 2 et 3 du titre XIX, livre II des *Institutes* de Justinien, d'après lesquelles, seuls les enfants légitimes sont héritiers nécessaires;

« 6° Sur la violation du chapitre I, titre II, livre III du Fuero General lui-même, parce que la mère de la demanderesse n'a jamais été la barragane et n'a même jamais vécu sous le toit de J. J. Alduncin; ainsi que du chapitre III, titre XX, livre II dudit Fort, invoqué à tort dans l'arrêt attaqué, car il ne vise que les enfants légitimes exhérédés;

« 7° Sur l'ignorance où paraissent être les juges du second

1. Ce dont nous pouvons conclure qu'antérieurement audit arrêt l'indication de la filiation paternelle devait être considérée souvent comme une preuve suffisante.

2. « porque la fecundación es un misterio », dit le texte (p. 154).

degré de la jurisprudence instaurée par le Tribunal suprême dans une sentence du 10 juillet 1846 aux termes de laquelle la preuve par témoins d'une filiation maternelle naturelle peut être attaquée par une déclaration même indirecte faite par la mère supposée dans son testament, par laquelle elle affirme ne pas laisser d'héritiers obligés et jouir de l'entière liberté de disposer de ses biens. Il semble donc que, dans la présente espèce, la déclaration faite par le père eût dû neutraliser les effets de la preuve testimoniale ;

« 8° Et enfin sur des considérations d'ordre moral et social dont la jurisprudence permet de nuancer les décisions judiciaires. Les instances portant sur des questions de filiation sont de nature à causer dans la société un trouble profond. Et l'on doit en Navarre, se montrer d'autant plus exigeant vis-à-vis des preuves à fournir pour l'établissement d'une filiation naturelle, que la législation indigène concède aux enfants illégitimes des droits plus étendus que celles de la plupart des autres pays ;

« Le Ministère public entendu :

« Attendu qu'aux termes de la loi 1, titre III, livre I de la N. R. de Navarre, le droit supplétif est en cette province le droit romain dit droit commun, que par conséquent, dans le silence des textes indigènes, les questions litigieuses doivent être tranchées en s'inspirant des solutions fournies par le droit romain ;

« Attendu qu'aucune des lois de Navarre ne précise les conditions que doit réunir un enfant naturel pour être reconnu comme tel, alors que cette question est résolue par la loi romaine ;

« Attendu que, d'après cette loi, il n'y a d'enfant naturel que celui né d'une concubine habitant avec le père dans la même maison, tous deux étant célibataires, libres et sans empêchement pour contracter mariage ;

« Attendu que les sentences précédemment rendues admettent comme une chose certaine et non contestée que la mère de la demanderesse n'a pas cohabité dans la maison du père présumé, que les conditions du concubinat n'étant pas réunies, la demanderesse ne peut être considérée comme la fille naturelle du *de cujus* ;

« Attendu que la disposition du For qui défère à l'enfant naturel unique et oublié dans le testament la totalité des biens paternels, ne saurait, en conséquence, s'appliquer ;

« Attendu que la législation castillane est également inapplicable en la matière ;

« Attendu donc que la décision entreprise manque de base légale, que d'autre part elle méconnaît ou viole les dispositions

déjà citées de la loi 1, titre III, livre I de la N. R. de Navarre, des *Novelles* 18 chap. v et 89 chap. XII, des lois 10 et 11 du Code *De naturalibus liberis* et 1 et suivantes du *Digeste* au titre *De concubinis*;

« ADMETTONS le recours en Cassation formé par la dame P. Lecuona, et, en conséquence, cassons et annulons l'arrêt de la Seconde Chambre de la *Audiencia* de Pampelune en date du 5 décembre 1863. »

Cet arrêt, très fortement motivé, nous montre que l'on ne devait, en Navarre, considérer comme enfants naturels que *los hijos de ganancia*, nés d'une concubine, à la différence de ce qui se passait en Castille où la loi 11 de Toro — que l'arrêt prend soin d'écarter explicitement — mettait sur le même pied au point de vue de l'établissement de leur filiation, tous les enfants dont les parents eussent été capables de convoler en secondes noces, lors de la conception ou lors de l'accouchement. Aux termes de cette même loi de Toro, ces enfants n'étaient considérés comme naturels que s'ils étaient reconnus comme tels, expressément ou tacitement, par leur père, sinon ils étaient *espurios* et leur situation était analogue à celle des enfants adultérins et incestueux. Mais le fait pour le père de les avoir fait baptiser et de leur avoir donné son nom, valait reconnaissance tacite. Il est curieux de constater que les magistrats de Pampelune avaient admis cette thèse, par faveur pour l'enfant naturel, alors que ceux de Madrid devaient rappeler leurs collègues à la juste observance du droit navarrais.

Ainsi voyons-nous le droit romain suppléer aux insuffisances de nos Fors. Français épris de logique, nous ne pouvons que nous étonner de la confusion et de l'insuffisance des textes basques, qu'ils soient français ou navarrais sur une question aussi pratique que celle de la filiation. Mais la législation castillane était sur ce point également obscure et incomplète. Il semble que le législateur ait eu répugnance à préciser les conditions qui allaient présider à l'entrée dans la vie sociale des enfants conçus sous le signe du péché, mais qui, ainsi que nous allons le voir, n'étaient pas dépourvus de toute espèce de droits. Ceux-ci sont déterminés, dans le For de Navarre notamment, avec une clarté que l'on chercherait

en vain dans les chapitres XII, titre VI, livre II, et I, titre IV, livre IV, que nous venons d'examiner.

SECTION III

DROITS DES ENFANTS NATURELS

Abordant la section consacrée aux droits des enfants naturels (nous préférons ne pas dire des enfants naturels reconnus, puisque nous venons de voir qu'en Navarre les enfants dits naturels étaient en réalité des enfants naturels reconnus), nous constatons que l'effet le plus général de la reconnaissance est de permettre à son bénéficiaire de porter le nom de celui de ses auteurs qui l'a reconnu. Puis elle ouvre certains droits de nature patrimoniale. Rappelons que notre Code civil appelle les enfants naturels reconnus à la succession de leurs auteurs, en concours avec les différents ordres d'héritiers. Egalement, d'après le Code espagnol, ils viennent en concours avec les ascendants et excluent en partie les collatéraux.

Au pays basque français, l'enfant naturel ne pouvait, semble-t-il, succéder *ab intestat*. Mais il était possible au père de lui laisser quelque chose par voie de testament, ce qu'il ne manquait pas de faire. « Les père et mère, dit l'art. 14, rub. XXVII des Fors et Coutumes de Navarre, pourront avantager leurs enfants naturels à leur gré, sur les biens acquêts seulement, pourvu que ce don n'excède pas la moitié desdits acquêts. Quand le père et la mère ne leur auront fait aucune gratification, ils les feront nourrir par leurs héritiers si ceux-ci ont le moyen de le faire, jusqu'à l'âge de seize ans ou jusqu'à ce qu'ils soient en état de gagner leur vie. »

Pour éviter qu'il ne soit fait abus de cette faculté, l'art. 6 de la même rubrique dispose que « les père et mère, par testament ou légitimation faite en faveur des enfants naturels, ne peuvent porter préjudice aux parents plus proches auxquels doit revenir l'héritage et la succession des biens avitins et de papoage, nobles et autres ». Il n'était donc pas possible, par voie de testament ou de légitimation postérieure au mariage, de laisser aux enfants naturels une part des avitins.

Les Fors de Béarn sont à peu près muets sur le compte

des enfants naturels, et il semble que la jurisprudence ait suppléé à leur silence. Nous ne pouvons guère que citer de nouveau un texte que nous connaissons déjà, c'est celui de l'art. 345 du For de Morlaàs reproduit dans l'art. 7 du For réformé (rub. *De pay et filh*) : « Le fils, s'il n'est pas de mauvaises mœurs, peut contraindre le père à subvenir à ses besoins, mais il ne peut le forcer à vendre son bien, lui étant vivant ». Cet article, rédigé en termes très généraux, paraît donner au bâtard, comme à l'enfant légitime, une créance d'aliments sur le patrimoine de son père; si elle n'est payée du vivant du père, elle devra porter sur la succession. La situation des enfants naturels, au point de vue successoral, n'était donc, en Béarn, ni meilleure ni pire que dans les autres pays coutumiers.

En réalité, si les bâtards n'ont jamais eu aucun droit sur les successions en ligne collatérale, par contre, à défaut d'enfants légitimes, ils recueillaient, dans le premier état du droit, la succession de leurs père et mère, à l'exclusion de tous autres lignagers. Il en était de même en Navarre espagnole. Tous les auteurs citent, à ce sujet, le contrat de mariage de Jeanne d'Artiguelouves, fille naturelle d'Antoine d'Albret, père d'Henri IV, lequel donna en dot à sa fille la terre d'Angais à la condition expresse qu'elle renonçât à ses droits éventuels à la couronne. Cette précaution montre qu'Antoine de Navarre était fondé à considérer sa fille naturelle comme son héritière.

Le 9 novembre 1649 fut rendu un arrêt par lequel Marie de Casal d'Assou, bâtarde, fut maintenue en possession des biens de sa défunte mère, malgré la pétition d'hérédité exercée par le plus proche parent de cette dernière. Donc, les bâtards succèdent *ab intestat*. Ils peuvent aussi être institués par testament. En 1349, Roger de Castelbon lègue 150 livres à chacun de ses bâtards nés ou à naître! ¹ Nulle part les Fors ne contiennent sur ce point de dispositions restrictives, et, jusqu'au XVIII^e siècle, les enfants naturels viennent après les enfants légitimes dans l'ordre des successeurs. Même en présence de ces derniers, ce sont, en Navarre espagnole, de véritables légitimaires; ailleurs, ils ont droit à des aliments.

1. Rapporté par Dupont, *op. cit.*, p. 108.

A cette époque, la Coutume changea, sans doute sous l'influence du droit canonique désireux de fortifier le respect dû au mariage. Un arrêt du 24 septembre 1656 dispose qu'un bâtard ne peut recueillir que les biens donnés par le séducteur à sa mère, en réparation de la grossesse. Tout le reste de l'héritage lui échappe. Un testament par lequel une mère avait institué héritier son fils naturel est attaqué par un fils légitime de la défunte : ce testament est cassé ; le bâtard ne recueille que 300 livres et quelques meubles.

Mais si, dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, les bâtards ne succèdent plus en Béarn, ni *ab intestat* ni par testament, les usages leur demeurent assez favorables. Les parents sont tenus de leur fournir des aliments ou de leur faire apprendre un métier suffisamment rémunérateur et en rapport avec leur rang social. Mais que fallait-il entendre par métier suffisamment rémunérateur ? Simple question de fait. Un arrêt de 1757 juge que l'état de laboureur ne peut suffire, car c'est là plutôt une « aptitude de la nature » qu'un métier ! Par contre, un autre arrêt décide qu'un père a assez fait pour son bâtard en le plaçant chez un procureur en qualité de clerc. Un arrêt rendu en 1724 est à cet égard assez curieux. Un sieur Lagarde laisse par testament à son bâtard une somme de 2.000 livres, après lui avoir fait apprendre les métiers de cuisinier et de chirurgien. L'héritier de Lagarde refusa de délivrer le legs, sous prétexte que le père avait fait apprendre un métier au fils naturel légataire et que, d'autre part, le legs était de nature avitine. Ce à quoi le bâtard répondit victorieusement que le testateur pouvait toujours librement disposer du quart des avitins, et que, de plus, il s'agissait d'une dette de nature alimentaire qui pouvait s'imputer sur les avitins, ceux-ci n'étant indisponibles qu'en ce qui concernait les dispositions à titre gratuit. Il en résultait que le bâtard pouvait se trouver éventuellement avantagé par rapport au puîné ou au cadet de la famille légitime ; mais le fait était rare, et les biens qui lui étaient remis étaient pris en principe sur les biens libres.

Passons en Haute-Navarre. Succédant *ab intestat*, les enfants naturels ne venaient qu'après les enfants légitimes. Le droit d'aînesse n'existait pas pour eux. Ils partageaient par

portions égales ce qui leur revenait. L'*in fine* de la loi 1, titre IV, livre IV du For, parlant de l'enfant naturel reconnu malgré le père, le dit en termes formels : « Cet enfant doit partager avec les autres de même père, et s'il n'y en a pas d'autres, il doit hériter du tout. »¹ Sur la succession d'un infançon décédé *ab intestat*, les enfants légitimes en concours avec les enfants naturels commençaient par prélever la moitié des arrhes, puis ils partageaient l'autre moitié avec les bâtards.

Aux termes de la loi 5, titre IV, livre II du Fuero, l'enfant naturel posthume (à la différence de l'enfant posthume légitime) ne peut rien recueillir de la succession de son père si ce dernier, avant de mourir, n'a été informé de l'état de grossesse de sa concubine². Ceci se conçoit parfaitement. Le père ignorant cette grossesse, n'a pu faire acte de reconnaissance; et cet enfant posthume n'est pas un véritable *hijo de ganancia*, comme l'entend la législation navarraise. Il ne peut donc venir à la succession.

Nos études antérieures nous ont appris que les arrhes constituaient une sorte de patrimoine réservé à la famille. Ainsi l'infançon malade qui veut tester en faveur de ses enfants, légitimes ou naturels, ne peut toucher aux arrhes sans l'agrément de sa femme et des enfants de celle-ci.

S'il possède des biens autres que ceux apportés à sa femme à titre d'arrhes, il doit donner aux enfants de sa barragane au moins une *vecindad*³, c'est-à-dire une petite maison couverte dont le For fixe les dimensions. Son toit, nous dit Morales (*op. cit.*, p. 132) doit être supporté par trois poutres d'une longueur apparente de dix coudées, non compris, par conséquent, la partie engagée dans l'épaisseur des murs. A défaut de cette maisonnette, le père devra donner ou léguer l'espace nécessaire pour semer deux robos de blé⁴, et un cahiz de blé⁵ pour les semailles. La moitié de cette terre devra se trouver non loin du pays, l'autre moitié en un lieu à désigner par

1. « é esta creatura debe partir con las otras creaturas daquell padre; é sino oviere otra creatura, dévelo todo heredar. »

2. V. le texte dans le dictionnaire de Yanguas, ou dans Castejón, II, p. 137.

3. Il ne s'agit plus ici du voisinage, mais du fait qui confère la qualité de voisin, c'est-à-dire la propriété d'une maisonnette et de ses dépendances.

4. V. la note p. 198.

5. Cahiz: ancienne mesure de blé équivalant à douze fanégues, soit 666 litres.

les enfants légitimes, mais à l'intérieur du territoire de la communauté. Et si l'on est dans un pays où prédomine la culture de la vigne, la *vecindad* devra comprendre une *ariznada*¹ de vigne, à la désignation des enfants légitimes, ainsi qu'un petit potager d'une superficie telle que l'on puisse y faire pousser treize têtes de choux dont les racines ne se toucheraient point (*sic*). On voit avec quelle minutie dans les détails, le Fuero détermine cette véritable réserve des enfants naturels. Réserve, certes bien petite, mais qui offrait tout de même plus de consistance que la légitime symbolique prévue par le For.

Malheureusement, quand disparurent les inégalités civiles qui existaient primitivement entre les classes sociales, ces dispositions édictées en faveur des enfants naturels des vilains ne furent plus respectées. Par contre, les chefs de famille durent laisser à tous leurs enfants, légitimes ou naturels, la légitime de 50 sueldos et l'arpent de terre sur les monts communs. La loi 16, titre XIII, livre III de la N. R., vint confirmer la libre faculté de disposer et de tester dont les habitants du royaume jouissaient depuis un temps immémorial, mais en les obligeant à laisser à ceux de leurs enfants légitimes ou naturels non apportionnés, la légitime symbolique du For. Sur ce point, la situation de l'enfant naturel était devenue moins favorable qu'elle ne l'avait été primitivement.

Si un père de famille omettait de coucher sur son testament l'enfant de sa barragane, le chapitre I, titre XX, livre III du Fuero conférait à cet enfant naturel le droit de venir à la succession de son père avec les autres enfants de sa condition. Et nous avons vu que le chapitre I, titre IV, livre IV du Fuero conférait à l'enfant naturel reconnu judiciairement le droit de venir à la succession de son père avec les autres enfants. D'après les commentateurs, cette seconde disposition n'était plus respectée, bien avant l'élaboration du Code civil.

A la veille de la rédaction du Code civil espagnol, *el hijo de ganancia* navarrais (l'enfant naturel reconnu) jouissait donc des droits suivants : droit d'être institué héritier dans la légitime du For, droit éventuel au quart ou à une certaine part

1. D'après Yanguas (*Dic. de los Fueros de Navarra*, p. 133) l'ariznada équivalait à deux *robadas de tierra*, soit à deux fois 898 centiares.

des arrhes, droit au partage de la succession paternelle en cas de préterition (F. G., I, XX, III) car la préterition d'un enfant illégitime ou son exhérédation sans juste cause ne pouvait le priver du droit reconnu par le For. L'enfant naturel ordinaire ou *notho* pouvait difficilement agir en reconnaissance de paternité, car la jurisprudence issue de l'arrêt de 1865 l'obligeait à recourir aux modes de preuve du droit romain, si bien qu'en pratique, seuls les enfants nés d'une concubine régulièrement entretenue avaient quelque chance de triompher. Morales souhaitait (*op. cit.*, p. 134) que le nouveau Code se montrât rigoureux à l'égard des conditions qui devaient dominer la reconnaissance d'un enfant naturel, afin de ne pas risquer de voir un père de famille, déjà pourvu d'une nombreuse descendance légitime, traiter comme un fils naturel l'enfant né d'une fille de mœurs légères installée dans un local où elle recevait des visites régulières, cette reconnaissance étant fondée sur l'aveu d'actes charnels répétés. Il ne semble pas que nos Codes contemporains aient bien résolu le délicat problème de mettre un terme aux reconnaissances scandaleuses ¹.

SECTION IV

ENFANTS ADULTÉRINS ET INCESTUEUX

Aux enfants adultérins, la plupart des Coutumes ne donnent droit qu'à des aliments. Leur condition est assez dure. Alors que l'enfant naturel navarrais non seulement a le droit de recevoir des aliments de ses parents, mais encore peut en demander à l'aïeul maternel et même à l'aïeul paternel, si la preuve de la paternité peut être établie, alors que la mère est obligée d'élever son enfant naturel et le père de la couvrir des dépenses correspondantes (I, t. IV, l. IV du Fuero), par

1. Le Code espagnol de 1882 distingue la reconnaissance volontaire (art. 129 à 133) de la reconnaissance forcée réglementée par l'art. 135. Les enfants dont les parents pouvaient librement se marier lors de la conception sont présumés naturels, mais le bénéfice de la légitimation ne peut être accordé qu'à des enfants reconnus avant le mariage de leurs auteurs. Quant à la reconnaissance forcée, elle ne peut résulter, en dehors des hypothèses de rapt et de séduction, que d'un écrit de la main du père portant reconnaissance de paternité ou encore de l'existence d'une possession d'état continue d'enfant naturel.

contre l'enfant adultérin, enfançon ou vilain, ne peut prétendre être élevé par ses parents.

C'est ce qu'exprime le chapitre IX, titre III, livre IV du For: « Si un infançon ou une infançonne mariés ont des enfants, et si l'un d'eux donne naissance ailleurs à un enfant adultérin, celui-ci ne peut être élevé par la famille, ses frères et sœurs consanguins ou utérins ne peuvent le tenir pour un des leurs, il n'a aucun droit sur le patrimoine de ses parents. Et, quand il sera grand, il ne pourra être reçu, ni comme caution, ni comme garant, ni comme témoin, ni comme juré en aucune église. » (Il en était de même pour les enfants adultérins de vilains.) Mais le vilain coupable d'adultère devait en outre payer une amende égale à la moitié de celle prévue pour l'homicide ¹ et ².

Cependant, le père pourra donner quelque chose à son enfant adultérin, pour l'aider à se marier ³. Cette solution était la même que celle donnée par le For général de Castille (chap. IX et XI, t. III, l. IV) où l'adultérin ne pouvait prétendre à autre chose qu'à ce qui lui était volontairement laissé.

La condition sociale des malheureux *espurios* n'était pas plus brillante que leur situation familiale. Certaines professions leur étaient traditionnellement fermées; de plus, ils ne pouvaient exercer aucune fonction publique. Emues de cet état de choses, les Cortés demandèrent au roi Charles IV de bien vouloir étendre à la Navarre le bénéfice d'une cédula royale accordée par Charles III à ses sujets castillans le 2 septembre 1784. La disposition nouvelle fut insérée au

1. « Todo villano o villana que es presso en adulterio, debe por calonia meyo omicidio. » (Fuero General, liv. IV, tit. III, chap. x.)

2. « Otro si marido et muyller villanos casados ensemble, si algunos de eillos ficiere creatura en otro lugar, non debe ser recibido mas que el del infanzon en ninguna cosa, y demas debe meyo omicidio, qual es en la comarca ond eillos son. » (*Id.*, chap. IX.)

3. « Como hereda fijo muerto a padre muerto. Cual es fillo muerto que non deve hereda en lo del padre muerto, el fijo que es en el vientre de su madre, et no es nacido, et de su padre, et la madre en cinta, et non dir al padre que deise algo a este fijo, el padre non sabe que eilla es en cinta, et non leissa rem en que hereda a este fijo, non deve heredar; mas si el padre vivo hereda a ese fijo que nos es nacido, deve heredar de cuanto que el padre lo hereda; esto es de los de ganancia, que otra guisa es de los de pareilla. » (Fuero General, liv. II, tit. IV, chap. v.)

recueil des lois de la province, de 1817 à 1818, sous le n° 70.

« L'expérience a révélé, dit ce texte, que l'incapacité d'exercer certaines professions, dont les lois, coutumes et constitutions de mon royaume frappent les enfants illégitimes, est contraire à la prospérité et au bien de l'Etat qui se trouve ainsi privé des services que ne manqueraient pas de lui rendre nombre de sujets bien doués, travailleurs et appliqués. Compte tenu de ce qu'en d'autres pays cette classe de personnes n'est frappée d'aucune incapacité analogue, et qu'il est avantageux d'occuper utilement des sujets qui risqueraient de demeurer à la charge de l'Etat pour avoir été privés de toute formation technique. Considérant enfin, que les susdits textes n'ont pas eu pour but de faire des malheureux, mais seulement de priver les enfants illégitimes des droits successoraux qui doivent demeurer l'apanage des fils légitimes. Pour ces raisons, et dans le désir de rendre le plus grand nombre possible de mes vassaux utiles à eux-mêmes et au pays, et afin que tous reçoivent l'aide qui leur est nécessaire pour asseoir leur prospérité, j'ai tenu à déclarer que la qualité d'enfant illégitime ne saurait être un obstacle ni à l'exercice d'un métier, ni à l'acquisition d'un office, à l'exception toutefois des fonctions de juge ou de notaire, qui continueront à être régies par les textes sus-mentionnés. »

*
**

On voit, par tout ce qui précède, que la situation des enfants illégitimes semble avoir, dans nos provinces, évolué de la façon suivante :

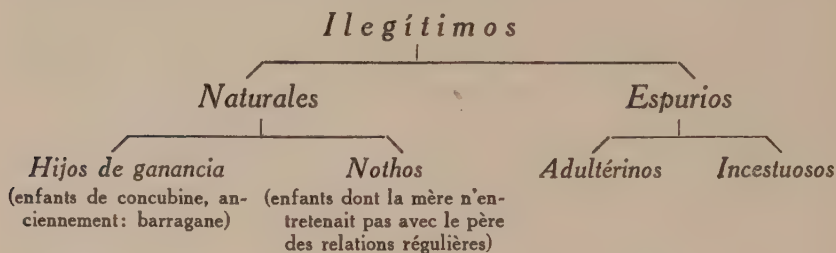
Leur sort est d'abord assez favorable. En France, tout au moins en Béarn, ils peuvent succéder *ab intestat*, à défaut de descendants légitimes. En Navarre espagnole, ils jouissent, d'après le For, d'une véritable réserve: la vecindat.

Dans les dernières années du XVII^e siècle, leurs droits vont se trouver sensiblement réduits, mais pour des raisons différentes. Dû à un mouvement de défaveur à l'encontre des enfants naturels, un revirement se produit dans la jurisprudence du parlement de Navarre, qui tend à exclure les

bâtards des successions *ab intestat*. En Haute-Navarre, l'unification du droit s'est faite par en haut, les bâtards de vilains n'ont pas droit à une vecindat, et ils n'ont rien à réclamer si le testateur leur laisse la légitime symbolique du Fuero.

Leur sort s'améliorera à la fin du XVIII^e siècle. La Révolution française leur confèrera des droits presque égaux à ceux des enfants légitimes, en même temps que disparaîtront certaines incapacités qui les atteignaient en Espagne.

Pour l'intelligence de l'exposé qui précède, nous croyons utile de rappeler la terminologie autrefois en usage en Espagne, à propos des enfants illégitimes :



TROISIÈME PARTIE

LES SUCCESSIONS

*Nahiz ez den gaztelua,
Maite dut nik sor lekhua
Aiten aitek hautatua...
Nola han bainaiz sorthua,
Han utziko dut mundua
Galtzen ez badut zentzua.*

« Malgré qu'il ne soit point château, j'aime, moi, mon foyer natal, celui-là que choisirent les pères de mes pères... Comme là je suis né, là je laisserai le monde, si je ne perds la raison. »

ELIZAMBURU.

CHAPITRE XII

Histoire et justification du droit d'aînesse Basco-Béarnais



LE droit d'aînesse était la possibilité ouverte à l'aîné de prendre *ab intestat*, dans l'héritage des parents, une part plus grande que celle des autres enfants. Les conceptions qui étaient à la base du droit d'aînesse au pays basque différaient-elles de celles admises dans les autres régions ? Quelques considérations sur l'origine et l'évolution du droit d'aînesse basque nous permettront de répondre à cette question.

I

Les religions anciennes établissent une différence entre l'aîné et le cadet, différence qui paraît basée sur ce fait que l'aîné n'a été engendré que pour satisfaire à un devoir envers les ancêtres, tandis que les cadets sont nés de l'amour. « A la mort du père, l'aîné présidait aux cérémonies du culte domestique; il offrait les repas funèbres et prononçait les formules de prières. C'était l'héritier des hymnes, le continuateur du culte, le chef religieux de la famille. De cette croyance découlait une règle de droit : l'aîné seul héritait des biens. »¹

La loi de Manou nous dit : « Que l'aîné ait pour ses jeunes frères l'affection d'un père pour ses fils, et que ceux-ci,

1. FUSTEL DE COULANGES: *La Cité antique*.

à leur tour, le respectent comme un père. » Dans la législation des Indous, le droit d'aînesse et l'exclusion des filles moyennant une dot existait chez certains peuples (*Owidyas*). Par contre, les fils de *Soudra* devaient partager également. Chez les Hébreux, où la puissance paternelle était absolue et où le père pouvait immoler son fils (sacrifice d'Abraham), le droit d'aînesse avait été reconnu de tout temps. Il consistait en une part double de celle attribuée à chacun des autres enfants. Les filles partageaient toujours également. Le droit d'aînesse semble avoir été chez les Hébreux une institution religieuse et non politique, car il ne passait pas au second fils quand le premier venait à mourir sans postérité. D'ailleurs, les aînés n'ont pas toujours joué le rôle principal dans les familles israélites : ainsi Moïse n'était qu'un cadet.

C'est également, semble-t-il, cette préoccupation d'ordre religieux qui, chez les anciens, faisait exclure les filles de la succession. D'après Fustel de Coulanges, l'antique loi romaine aussi bien que la loi grecque faisaient à la fille une situation fort inférieure à celle du fils, et c'était la conséquence logique et inévitable des principes que la religion avait gravés dans les esprits. Ainsi les filles n'héritaient pas parce qu'elles ne pouvaient accomplir les sacrifices.

Mais la prescription qui défendait aux filles d'hériter ne fut pas toujours régulièrement suivie. Les sentiments d'affection qui voulaient que la fille pût jouir, elle aussi, de la fortune du père, reprenaient le dessus. A Athènes, si un père n'avait qu'une fille, il pouvait adopter un fils en lui donnant sa fille en mariage, ou, par testament, instituer un héritier qui épousait sa fille. Au temps de Démosthène, la succession se divisait par parts égales entre les frères, mais l'aîné jouissait du privilège de garder, en dehors du partage, la maison paternelle.

Le Code de Solon s'écarte du droit antique. Ses termes sont formels : les frères se partageront le patrimoine.

Examinant le droit romain, on n'y trouve point de loi qui se rapporte au droit d'aînesse. Cependant on croit qu'il fut à la source de la gens romaine. Le père de famille, étant seul propriétaire, disposait de la succession à son gré, par testament. L'ordre naturel et légal n'avait lieu qu'à défaut de volonté exprimée par le défunt. On relève, dans les *Insti-*

tutes, la trace de l'exclusion complète des femmes. Du temps de Cicéron, la fille n'hérite pas de plein droit; s'il n'y a qu'une fille unique, le père ne peut lui léguer que la moitié du patrimoine. L'empereur Justinien, par la Novelle 118, conféra à tous les enfants des droits égaux, sans distinction de sexe ni de primogéniture. Ainsi, d'après le dernier état de la législation romaine, tous les enfants héritaient également de leurs père et mère.

César, dans ses *Commentaires* (VI, 13), nous indique que, chez les Gaulois, l'hérédité était déferée, selon les droits du sang, dans un ordre qui ne nous est pas connu. Les anciens Gaulois n'écrivaient rien et les Romains nous ont transmis d'une manière incomplète leurs traditions, leurs mœurs et leurs coutumes. Il semble que la communauté de biens ait existé entre les époux. Les Gaulois avaient pour principe de conserver les biens patrimoniaux dans les familles. Cependant, ils admettaient, nous dit M. Laferrière (*Hist. du droit français*), l'égalité dans le partage entre enfants.

Dans les premiers temps de la conquête, les Romains laissèrent aux Gaulois leurs coutumes. Mais bientôt les Gallo-Romains se rangèrent à la loi romaine.

Après les Romains, les Gaulois passèrent sous la domination des Germains (Goths, Wisigoths, Franks). L'esprit des lois germaniques était de favoriser les mâles au préjudice des femmes. Les filles, d'après la loi salique, n'avaient aucun droit sur la succession de leur père. Cependant, les Franks, trouvant cette loi trop dure, y dérogeaient en introduisant sans bruit un usage qui donnait raison à la loi naturelle. Marculfe¹ nous indique ce en quoi consistait cet usage. Le père conduisait sa fille devant le juge et lui disait :

« Ma chère fille, un usage ancien et impie ôte parmi nous toute portion paternelle aux filles. Mais ayant considéré cette impiété, j'ai vu que comme vous m'avez été donnés tous de Dieu également, je dois vous aimer de même. Ainsi, ma chère fille, je veux que vous héritiez par portion égale avec vos frères, dans toutes mes terres. »

1. Moine français qui vivait, à ce que l'on croit, au VII^e siècle. Il réunit dans un recueil les formules des actes les plus usités de son temps. Ce recueil est divisé en deux parties consacrées l'une aux Chartes royales, l'autre aux actes des particuliers.

Donc, la loi salique ne s'appliquait pas à tous les peuples germains. Les Goths, qui avaient envahi l'Aquitaine, admirent les filles à succéder aux terres conjointement avec leurs frères. C'est que les Goths venaient de Scandinavie, pays où les filles pouvaient succéder au patrimoine.

II

En France, le droit d'aînesse s'introduisit d'abord lentement. On sait que les quatre fils de Clovis et les quatre fils de Clotaire I^{er} partagèrent par égales portions le royaume. C'est sous la féodalité que le droit d'aînesse prit une grande extension parce que le suzerain avait intérêt à ne pas laisser se démembrer le fief. C'est donc un intérêt politique et non plus religieux qui semble être à la base du droit d'aînesse français. Pour acquérir de nouvelles prérogatives, pour secouer le joug de l'autorité royale, les seigneurs accordaient tout à l'aîné, afin de réunir dans une même main la puissance du père et des moyens assez forts pour consolider leurs prétentions. Le droit d'aînesse se complétait par le privilège de masculinité, les femmes étant moins aptes que les hommes au service de l'*host*. Les roturiers voulant imiter les seigneurs, relever leurs familles et acquérir des privilèges, se soumirent volontiers au droit nouveau. Ainsi, biens nobles et biens de roture subirent bientôt la même loi. Nous constatons une évolution analogue dans les provinces basques d'Espagne, en Navarre et en Biscaye.

D'une manière générale, le droit d'aînesse portait sur le fief principal, et, pour les roturiers propriétaires, sur la maison familiale et le lopin qui l'entourait. C'était le vol du chapon. Sauf dans les provinces du Sud-Ouest, le droit d'aînesse s'accompagnait du privilège de masculinité, pour la raison d'ordre politique que nous avons indiquée. Encore, ce principe ne se maintint-il pas toujours, notamment à la suite des Croisades pendant lesquelles la noblesse avait été décimée. On sait qu'Eléonor de Guyenne succéda aux fiefs de son père en 1137 et apporta en dot le duché d'Aquitaine à Louis VII roi de France. Répudiée en 1152, elle transporta à son second mari, Henri Plantagenet, roi d'Angleterre, la Guyenne, la

Saintonge et le Poitou. Cette circonstance devait retarder de trois siècles la réunion définitive de ces pays à la couronne de France.

Certaines coutumes, comme celles d'Anjou, de Touraine et du Poitou, accordaient le droit d'aînesse à la fille aînée; d'autres, celles du Bourbonnais et du Nivernais, n'admettaient le droit d'aînesse ou de primogéniture qu'entre nobles. S'il n'y avait que des filles, le droit d'aînesse s'appliquait comme dans les successions dévolues aux mâles, ainsi que nous le montrent les *Etablissements de saint Louis* (1259) : « Gentilsons, si il n'a que filles, tout autretans prendra l'un comme l'autre, més l'aisnée aura les héritages et avantage et un coq si il en est. »

Bref, le droit d'aînesse revêtait, dans l'ancienne France, les modalités les plus diverses. C'est en Normandie et dans les provinces basques qu'il semble avoir été pris dans son acception la plus large. En revanche, la Coutume de Normandie (art. 249) obligeait l'aîné qui avait absorbé une trop grande part de la succession paternelle, à secourir ses frères puînés et à doter ses sœurs. Nos Coutumes basques contenaient, comme nous le verrons, des dispositions analogues.

III

Car l'étude du régime des successions au pays basque révèle l'existence d'une organisation très originale. La législation successorale, très favorable à la femme puisqu'elle la mettait sur un pied d'égalité avec l'homme, s'écartait sensiblement des règles suivies en cette matière dans le reste de la France, en mettant à part quelques Coutumes qui, précisément, avaient pu ressentir l'influence des Euskariens. Ce régime successoral, clef de voûte de toute la législation locale était dominé par trois grands principes : la nécessité de conserver les mêmes biens dans les familles et son double corollaire : la transmission presque intégrale du patrimoine familial à l'aîné et l'égalité entre les sexes au point de vue de la vocation héréditaire. Pour assurer la transmission intégrale du patrimoine familial, il faut poser cette règle qu'un homme n'est point maître absolu de tous les biens qu'il possède.

Une certaine partie de sa fortune, parfois la plus considérable, n'est détenue par lui qu'à titre de dépôt et devra revenir un jour à son héritier du sang. La conservation du domaine familial a donc pour corollaire nécessaire l'existence d'un droit d'aînesse. Quant à l'égalité entre les sexes, au point de vue des droits successoraux, nous avons admis (v. *supra*, chap. 1) que l'origine de cette conception pouvait se confondre avec celle du peuple basque lui-même.

« D'où vient, nous dit Laferrière ¹, ce droit d'aînesse indépendant de la féodalité, de la distinction des biens en nobles ou roturiers, de la distinction des sexes, et fortifié par le droit de retour au profit de la maison de l'aîné? Ce droit est, dans la France coutumière, le signe caractéristique des Coutumes d'origine basque. Il règne sur la zone occupée par la race euskarienne à l'état pur, c'est-à-dire non mélangée de races étrangères ². Il ne s'affaiblit qu'aux points de contact avec les peuples voisins à Dax (Acqs) et à Saint-Sever avec les Gascons, en Biscaye avec la race mixte des Basques et des Wisigoths. » On voit que Laferrière n'hésite pas à attribuer au droit d'aînesse basque une origine antique tenant à la filiation ibérique des Eskualdunac.

Eugène Cordier professe ³ une opinion analogue. « Ce droit, écrit-il, ne saurait dériver seulement d'un vœu de conservation matérielle, d'un principe politique... Il doit être fondé sur une cause intérieure, sur un principe moral, sur ce fait que la femme a la même aptitude que l'homme à représenter, conduire et perpétuer la famille. Telle est l'idée mère qui se retrouve au fond de la Coutume de Barèges, de celle du Lavedan, de l'ancien droit du Béarn, des Coutumes basques de France, des mœurs de la Biscaye. Idée profonde, enracinée, antique, propre aux Basques surtout, qui sont les plus anciens, fruit spontané de leur nature, voix primitive de leur conscience dont l'écho répété par tant de siècles est venu jusqu'à nous. »

1. *Histoire du droit français*, t. V, l. VIII, chap. III.

2. Cette réserve pouvait s'appliquer aussi aux Basques des provinces d'Espagne, soumises depuis très longtemps au droit commun de la Castille: Guipuzcoa, Alava, et, dans une certaine mesure, Biscaye.

3. *Le droit de famille aux Pyrénées*, p. 32.

Jules Balasque, dans ses *Etudes historiques sur la ville de Bayonne* (t. II, p. 247), est, il est vrai, d'un avis différent. Il rattache la législation du pays basque au droit celtique. « Les Basques, dit-il, n'ont pas vraiment possédé un droit particulier différent du droit traditionnel des populations d'origine celtique établies de temps immémorial sur le sol de la Gaule. L'étude que nous entreprenons . . . tendra à établir que la législation coutumière des provinces basques, béarnaises et gasconnes du pied des Pyrénées eut pour premières assises le droit celtique ou gallique. »

Cette théorie semble devoir être rejetée. Elle nous paraît, à tout le moins, insuffisamment nuancée. Les développements que nous avons déjà consacrés à l'ancienne législation de ce pays, et notamment aux particularités relatives aux régimes matrimoniaux, montrent qu'il est vain de vouloir rattacher tout le droit basque au droit celtique. Nous avons pu constater, d'une façon générale, l'existence d'un droit particulier aux populations des deux versants des Pyrénées Occidentales aussi remarquable au point de vue politique qu'au point de vue privé ¹.

Toutefois, J. Balasque est d'accord avec la plupart des auteurs pour admettre que les Coutumes locales ont été singulièrement mutilées lors de leur rédaction, parce que l'on a voulu les mettre en harmonie avec le droit romain, moins favorables aux femmes, et qui constituait le droit commun supplétif dans les provinces méridionales, en Guyenne et en Béarn.

Aussi pensons-nous, comme Laferrière et Cordier, que c'est dans l'origine même de la population basque qu'il faut chercher celle de sa législation. Nous avons déjà noté, d'ailleurs, que l'importance du rôle social de la femme dans cette région avait été remarquée dès l'Antiquité. Ce rôle existait également au Moyen Age, en dehors de tout idée économique. Ainsi, en Bigorre, le vieux For accordait le droit d'asile aux femmes, comme aux sanctuaires et aux choses sacrées. Le coupable qui se réfugiait près d'elles était en sûreté. Il était

¹. Cf. DE LAGRÈZE: *Histoire du droit dans les Pyrénées*, p. XVIII.

affranchi de toute peine et n'était tenu qu'à la réparation du dommage qu'il avait pu causer¹.

Le fondement réel du droit d'aînesse basque nous paraît constitué, pour une bonne part, par des nécessités d'ordre économique. Certaines données historiques, jointes à des considérations d'ordre linguistique², nous portent à croire que les anciens Basques vivaient surtout de la vie pastorale et qu'ils ne se familiarisèrent avec l'agriculture qu'au contact des Romains installés dans le voisinage. Au Moyen Age encore, les pâturages devaient recouvrir la plus grande partie du sol basque, comme le démontre l'étude des Coutumes, où les difficultés afférentes aux parcours et aux pacages sont largement prévues. « Nous devons reconnaître, dit Olphe Gaillard (*Le paysan labourdin*, p. 490), que les populations du Labourd ne pouvaient demander qu'à l'élevage leurs principaux moyens d'existence; et il en est de même des régions montagneuses de Navarre ou de Soule, qui participent aux mêmes conditions. Le type de moyenne propriété au pays basque français (comme au pays basque espagnol) est un domaine composé de six à huit hectares de terres labourables, de trois ou quatre hectares de prairies, de quelques hectares en fougères ou en tuyaas. Quelquefois ce territoire est plus étendu, il l'est même assez souvent; la population est moins dense et les paysans possèdent des domaines plus vastes. Mais les différences portent principalement sur les bois et les landes. Par-

1. For de Bigorre: art. 9.

2. Ce qui confirme cette opinion que les anciens Basques étaient un peuple essentiellement pasteur, c'est la richesse et la pureté de leur idiome pastoral. Un tel peuple surveille de près la reproduction et la croissance des animaux. C'est ainsi que pour désigner la femelle en chaleur, la langue basque use d'un mot spécial à chaque espèce: *arkhara* pour la brebis, *azkara* pour la chèvre, *ijsara* pour la vache, *ogara* pour la chienne, *giri* pour la jument, *ihausi* pour la truie. La brebis change de nom aux diverses étapes de sa vie. L'agneau non sevré s'appelle *achuria*; l'agneau sevré, *bildotsa*; l'agneau d'un an, *anchua*; l'agneau de deux ans, *arlancha*; la brebis adulte, *ardia*; la brebis déjà âgée et que l'on engraisse pour la consommation, *artzarra*. Enfin, le bétail, richesse essentielle du pasteur, est qualifié d'*abere*, ce dont les indigènes ont fait *aberastasuna* (richesse), de même que les Romains, de *pecus* (troupeau) avaient formé *pecunia* (richesse).

Cette abondance de termes relatifs à la vie pastorale contraste avec la pauvreté du langage concernant la vie agricole. Là, les mots essentiels ne semblent pas basques d'origine. C'est ainsi que *laborantcha* (agriculture) et *laboraria* (laboureur) viennent directement du latin *laborare*. Ce qui suggère l'idée que les Basques, à l'encontre des Romains, pratiquaient peu l'agriculture, sans cependant pouvoir affirmer qu'elle leur ait été entièrement inconnue jusqu'alors. (Rgts fournis par M. Ritou, *op. cit.*, p. 45.)

tout, la culture proprement dite est extrêmement limitée par le voisinage d'un sol escarpé et aride. Ajoutons, pour achever la description de ce genre de domaines, que les vignes et les landes ne sont pas toujours près de l'habitation, mais les terres labourables, les prairies et le verger l'entourent et l'isolent d'ordinaire, pour le plus grand profit moral et agricole de la famille. »

Ces conditions avaient déjà été observées par le général Serviez, préfet des Basses-Pyrénées en l'an X¹ : « On est généralement d'accord sur ce principe qu'autant la division des grandes propriétés sur un sol fertile peut être favorable à l'agriculture, autant lui est funeste, dans cette contrée montueuse et stérile, le morcellement et les divisions d'un héritage déjà très borné. Ce principe acquiert l'évidence d'une maxime si l'on observe que l'héritage de presque toutes les familles ne consiste que dans une métairie, ne peut s'exploiter qu'en demeurant assorti de terres labourables, de prairies suffisantes pour nourrir les bestiaux nécessaires à la culture, et de touyaas² pour l'engrais. »

Dans ces conditions, le domaine est difficilement partageable, car, réduit à des proportions plus rétreintes, il ne fournirait plus de moyens d'existence à la famille dans un pays où celle-ci n'en a pas d'autres à sa disposition. C'est ce qui explique la rareté des partages en nature, même sous le régime du Code civil.

C'est donc bien des nécessités économiques qu'était né le droit d'aînesse. « Il s'explique, dit encore Eug. Cordier, dans un pays de culture bornée, de montagnes arides où, pour lutter contre une ingrate nature, les hommes ne connaissent qu'une seule association : la famille, groupée autour d'un chef unique propriétaire qui concentre sur sa tête toutes les ressources de la maison. Ainsi, la parenté entière peut-elle espérer vivre, tandis qu'en divisant les forces, en séparant les intérêts, on eût diminué du même coup les chances que l'on avait d'éviter la disette, car ni le commerce, ni l'industrie ne venaient au

1. Statistique du département des Basses-Pyrénées, p. 125.

2. On donne ce nom aux landes peuplées d'ajoncs épineux ou thuias, l'*ulex grandiflorus* des botanistes. Cette thuaie, additionnée de fougères, est employée pour la litière (soustrage) des animaux.

secours de ces peuplades perdues dans les monts... »¹ Un des enfants vit à la maison avec son ménage qui est le seul, parce que le domaine serait impuissant à en nourrir davantage. Et si la plupart des Coutumes n'ont pas laissé au père de famille le soin d'indiquer quel serait l'héritier associé, c'est que son âge désignait naturellement l'aîné comme le plus capable d'assurer la prospérité du bien de famille.

Les installations sur des domaines isolés, assez grands à l'origine pour que chacun pût suffire à l'entretien d'une nombreuse famille, et soumis à un mode fixe de culture, ne se prêtent pas autant au partage des terres que les installations des pays de plaine aux maisons contiguës et aux champs séparés. Dans les villages on peut, en dehors de ses occupations personnelles, se procurer un gain supplémentaire en travaillant chez de grands propriétaires, ou même en s'adonnant à quelque métier accessoire. C'est là une impossibilité pour le paysan basque : les habitations sont trop isolées ; souvent l'agglomération la plus proche n'est qu'un simple hameau où l'on trouve auberge, chapelle, parfois maison d'école. Il faut deux heures pour y parvenir, par des chemins difficilement praticables. Le domaine familial est l'unique gagne-pain. Il faut en protéger l'intégrité.

C'est toujours la même idée qu'exprimaient les Etats de Béarn dans une adresse au Roi² du 9 septembre 1775 : « Le droit naturel appelle tous les enfants au partage égal de la succession³. Mais, dans un pays où le sol est resserré en proportion de la population, des propriétés trop divisées causeraient de fréquentes révolutions dans l'état des familles. Sous un climat dont les variations continuelles dérangent l'ordre des saisons et rendent les revenus des terres trop casuels⁴, il faut que les propriétaires retrouvent dans la fertilité d'une partie de leurs domaines une compensation de la stérilité de l'autre et soient en état de supporter les pertes, d'acquitter les salaires... Ces vues politiques ont dû faire éta-

1. *Le droit de famille aux Pyrénées*, p. 66.

2. Arch. des Basses-Pyrénées, liasse 1320.

3. Cette réponse témoigne de l'influence des philosophes et de la tendance au partage égal, perceptible, même en Béarn, à la veille de la Révolution.

4. Il nous a été donné de vérifier à maintes reprises la justesse de cette observation.

blir en Béarn le partage inégal des successions¹. Cette loi convient à l'intérêt général du pays parce qu'elle favorise la levée des subsides et force à l'activité le commerce et l'industrie; à l'intérêt particulier des familles parce qu'elle maintient leur stabilité. »

« Ce pays, observe quelques années plus tard Arthur Young², appartient entièrement à de petits propriétaires sans que les fermes soient trop petites pour contenir une population vicieuse ou misérable. On y remarque partout un air de propreté, de chaleur et d'aisance... » Mais l'explication qu'il en donne est au moins inattendue : « Nous sommes maintenant dans le Béarn, à quelques milles du berceau d'Henri IV. Tiennent-ils cette félicité de ce prince ? » C'était plutôt au fait que la succession passait en Béarn à un héritier unique, coutume bien antérieure au règne d'Henri IV.

Le régime féodal et la constitution des seigneuries foncières sont donc restées, semble-t-il, sans influence sur l'admission du droit d'aînesse dans nos provinces. S'il était besoin d'une plus ample démonstration, il suffirait de rappeler que d'une part nos Coutumes reconnaissaient aux filles les mêmes droits de succession qu'aux garçons, principe contraire à celui généralement suivi en matière de succession noble; et que, d'autre part, le franc-allevé était surtout répandu dans les contrées où la transmission intégrale était le plus universellement usitée : Gascogne, Languedoc, Roussillon, Dauphiné.

Nos conclusions seront peut-être légèrement différentes quand nous examinerons le droit d'aînesse haut-navarrais; c'est qu'il s'agit là d'un pays que la féodalité avait marqué d'une empreinte profonde.

IV

Dans la plus grande partie de la France, le privilège de l'aîné était, à la veille de la Révolution, fort attaqué.

On lit dans un ouvrage publié en 1756 et intitulé *Des*

1. En Béarn, c'est en 1551 seulement, lors de la rédaction du réformé, que l'indivisibilité de l'exploitation fut inscrite dans la loi. (LAFERRIÈRE, t. I, p. 402 et seq.)

2. *Voyage en France*, t. I, p. 140 (Paris, 1794).

intérêts de la France mal entendus, les appréciations suivantes (t. I, pp. 46 et 283) :

« Ce système perpétue de grandes portions de terres à des branches aînées; ce qui tient en général notre agriculture dans un état de langueur.

« On voit chez nous de vastes domaines passer sans aucun démembrement, pendant cinq ou six siècles, des mains des pères dans celles des fils.

« Outre l'impossibilité qu'il y a pour un particulier de faire valoir une vaste étendue de terrain à son plus grand profit, des raisons particulières font que ces biens diminuent continuellement de valeur.

« Un gentilhomme qui ne peut point aliéner son domaine le regarde comme un bien de main-morte. Il se trouve étranger au milieu d'un héritage qu'il n'a reçu de ses ancêtres qu'à condition qu'il le transmettrait à certains de ses descendants. Il considère sa terre comme un dépôt. Il ne lui vient jamais à l'esprit de l'améliorer, parce que cela n'ajoute rien à son prix, car une demeure substituée et qui ne peut pas se vendre, n'a point de prix.

« En général, les terres substituées, en France, dépérissent pour la plupart. Ces biens tombent tous les jours en ruines.

« On allègue que cette méthode perpétue les branches aînées des familles qui, sans cela, s'éteindraient. Qu'importe, après tout, à l'Etat que certaines familles portent toujours le même nom ou subsistent toujours! Les lois de la société doivent avoir le pas sur celles du sang, parce que nous leur devons plus qu'à la nature: nous leur sommes redevables de notre sûreté et de la jouissance paisible de notre fortune, au lieu de ne devoir à la nature que notre existence, qui pourrait d'abord être détruite sans elles.

« Le droit de primogéniture établi dans beaucoup de nos provinces est également funeste à la population. C'est lui qui diminue tous les jours le nombre des sujets, parce que, en ôtant aux cadets les moyens de se marier, il les force au célibat.

« C'est toujours de la subdivision des aisances particulières que dépendent les progrès de la population générale. Une fortune de dix mille livres de rente, partagée entre dix enfants, donnera plus de citoyens à l'Etat (*sic*) que si elle passe en entier à un seul.

« Par la disposition de cette loi destructive, les cadets n'ont guère d'autre parti à prendre que de se faire moines ou soldats, professions directement opposées au système de population (*sic*). La plupart, honteux de cette énorme différence que la loi a mis entre eux et leurs aînés, vont se cacher dans les pays étrangers, ce qui prive l'Etat d'une infinité de sujets, car le droit de primogéniture tend à réduire toutes les lignes de propagation de chaque famille à une seule.

« C'est ce droit, dit-on, qui perpétue les branches aînées des familles, qui soutiennent l'Etat. Mais une grande population le soutiendrait bien mieux. »

En Bretagne, le droit d'aînesse, institué pour empêcher la division des héritages, avait fini par ruiner les nobles eux-mêmes. « Les aînés nobles, dit Chateaubriand, prélèvent deux tiers des biens; les cadets se partagent le tiers restant. Par la suite, les cadets des cadets en arrivent promptement à se disputer un pigeon, une canardière ou un chien de chasse. » Montesquieu, dans l'*Esprit des Loïs* (l. XXVI, 6), dit bien que la loi naturelle ordonne aux pères de nourrir leurs enfants, mais elle n'oblige pas à les faire héritiers. « Les lois de nos fiefs ont pu avoir leurs raisons pour que l'aîné des mâles ou les plus proches parents par les mâles eussent tout, et que les filles n'eussent rien... » Mais, dans ses *Lettres Persanes*, il proteste contre cette institution (lettre 119) : « C'est un esprit de vanité qui a établi chez les Européens l'injuste droit d'aînesse, si défavorable à la propagation (*sic*) en ce qu'il porte l'attention du père sur un seul de ses enfants et détourne ses yeux de tous les autres, en ce qu'il l'oblige, pour rendre solide la fortune d'un seul, de s'opposer à l'établissement de plusieurs; enfin, en ce qu'il détruit l'égalité des citoyens qui en fait toute l'opulence. »

Enfin, voici ce qu'écrivait, vers 1790, et dans le style un peu ampoulé de l'époque, le sieur La Vallée, dans son *Voyage*

*dans les départements de la France*¹. Il s'agit ici du département de l'Eure : « Ce furent ces climats fortunés que l'atroce loi de l'inégalité du partage entre les enfants d'un même père attrista si longtemps... Là, des cadets malheureux demandèrent plus d'une fois l'aumône à la porte d'un frère opulent et barbare et n'en reçurent que des refus. Là, souvent, le père désolé frémit d'entourer sa vieillesse d'une famille nombreuse pour éviter de lire à sa mort la misère sur le front des uns et les crimes fraternels sur celui de l'aîné. Chaque mère, en Normandie, était sûre d'enfanter un tyran et quelques esclaves, et s'il est des parties de la République plus fécondes en ennemis de la Révolution que d'autres, il faut en chercher la cause, moins dans les passions individuelles, que dans les lois qui les régissaient.

Le Tiers Etat de nombreuses provinces devait se faire l'interprète de cette tendance et demander dans ses « Cahiers » l'abolition du droit d'aînesse et l'établissement de l'égalité des partages entre enfants.

V

Malgré les empiètements du droit romain au pays basque et en Béarn, ces provinces étaient encore, à la veille de la Révolution, des pays essentiellement coutumiers et peu disposés à goûter les innovations du droit intermédiaire. Au point de vue successoral, ni les Navarrais, ni les Béarnais, ni les Souletins, ni les Labourdins ne réclamaient de réformes. Aucun des nombreux griefs inscrits dans leurs cahiers de doléances ne concernent les successions ou les testaments. Les Etats de Navarre se demandent s'ils doivent obtempérer à la sommation du pouvoir central les invitant à faire connaître, dans un cahier de griefs, leurs aspirations nouvelles. Un jurisconsulte se charge d'étudier la question de savoir si la Navarre se soumettra². « Vous n'avez besoin que de

1. Joseph de La Vallée, marquis de Boisrobert, né à Dieppe en 1747, mort en 1816. *Le Voyage dans les départements de la France*, paru de 1792 à 1800, forme treize volumes in-8°.

2. Discours lu aux Etats Généraux du Royaume de Navarre, le 31 mars 1789, par un des commissaires de la noblesse.

vous-même pour reprendre l'exercice de votre puissance législative... Il n'y a pas à craindre qu'on vous accuse de sédition lorsque vous ne ferez que réclamer l'exécution des Fors, car ceux-ci sont les titres communs des rois et de la nation. » Et, comme le plus beau titre revendiqué par les Basques était celui de peuple législateur, l'auteur du mémoire concluait à l'envoi de députés navarraux aux Etats Généraux de Versailles, à l'effet d'y défendre les droits de leur petite patrie.

Les Béarnais se contentèrent de demander la suppression des conventions matrimoniales sous seing privé, qui étaient en usage en Béarn et présentaient quelques inconvénients. Quant à la Soule, le cahier du Tiers n'était qu'une longue protestation¹. Les Souletins réclamaient la confirmation de leurs anciens privilèges. Dès que les députés basques² sentirent que les idées nouvelles avançaient à grands pas et que les leurs n'auraient guère de chances de triompher, ils se retirèrent, « emportant au fond de leur cœur une blessure profonde qu'un héroïque patriotisme fut seul capable de cicatriser »³. Comme leurs collègues bas-navarraux, le marquis d'Uhart, représentant la noblesse souletine, et d'Escuret-Laborde, député du Tiers, avaient quitté l'Assemblée nationale. En vain, la municipalité de Mauléon conjura-t-elle ce dernier d'aller rejoindre son poste auprès de d'Arraing, son collègue; elle le chargeait spécialement de démontrer que le partage égal dans les successions serait une loi destructive en Soule, où le morcellement des domaines ne serait d'aucune utilité. Sur le refus de Laborde, on nomma, pour le remplacer, le curé de Mauléon, M. d'Etcheverry; mais il ne partit pas⁴. Toutes

1. Publié par J. Vinson dans la *Revue de la Société des Sciences, Lettres et Arts de Bayonne*, année 1882.

2. Ce furent, entre autres : Mgr de la Ville-Vieille, évêque de Bayonne; le marquis de Logras; MM. Vivier et Franchesteguy pour le Tiers Etat; pour le Labourd: l'abbé de Saint-Esteben, curé de Ciboure; le marquis de Caupenne, seigneur de Saint-Pé, lieutenant du Roi à Bayonne, et son suppléant, P.-N. de Haraneder, vicomte de Macaye; les deux Garat, Garat jeune d'Ustaritz et Garat aîné, avocat à Bordeaux, représentaient le Tiers. Pour la Soule: Mgr de Villoutreix de Fage (clergé), marquis d'Uhart (noblesse), d'Arraing, maire de Mauléon et d'Escuret-Laborde, notaire royal (Tiers état), etc. (Arch. parl., 1^{re} sér., t. VIII). A cette époque, déjà, ce ne furent pas toujours les plus dignes ni les plus capables qui jouirent de la faveur des électeurs.

3. BRETTE: *Revue politique et parlementaire*, 10 nov. 1909.

4. LARRIEU: *La Soule pendant la Révolution*, p. 466.

les lois révolutionnaires furent ainsi rédigées en dehors de nos députés basques. Elles furent contraires aux vœux nettement exprimés par les populations.

Il ne faut pas croire, cependant, qu'aucune voix ne se soit fait entendre pour défendre leur thèse. Le projet même de la commission qui prépara la loi du 15 août 1790 sur l'abolition du droit d'aînesse voulait laisser à la noblesse le droit de régler les successions par testament, donation ou contrat de mariage, à l'instar du droit romain en vigueur dans le midi de la France. Ce fut Chapelier qui obtint le retrait de cette disposition qui eût affaibli la portée de la loi¹. Merlin de Douai, présentant le projet de loi et parlant au nom du droit naturel, de la justice, et des « principes du Gouvernement français », avait flétri « les dispositions iniques de ces coutumes du Nord et du Sud-Ouest qui établissent un véritable droit d'aînesse en faveur des roturiers, sur les rotures elles-mêmes ». Il paraît qu'il visait spécialement la Normandie et le Béarn.

Les députés normands protestèrent énergiquement et exposèrent que cette inégalité était rendue nécessaire par les conditions du sol et du travail. En vain, Achard et Frondeville firent-ils observer que « le paysan veut que sa terre appartienne après sa mort à ses garçons, parce que le soc de la charrue a été guidé par leurs mains ». Et ils prédisaient la division infinie des propriétés et la destruction de la prospérité du royaume. Cazalès² les soutint, prévoyant que l'on irait trop loin et que les nouvelles lois enlèveraient tout pouvoir aux testateurs, ce qui serait contraire au droit romain dont il était partisan. D'après lui, le Comité de rédaction est tellement aveuglé par la haine de la féodalité, qu'il rattache à cette dernière des pratiques qui lui sont tout à fait étrangères. L'inégalité dans le partage des successions existait déjà cinq siècles avant que la féodalité ne fût organisée. Le droit successoral des campagnes doit être en rapport avec la

1. *Le Moniteur*. Assemblée Nationale, 21 nov. 1790.

2. Cazalès (J.-A.-M.), orateur et homme politique né à Grenade (Haute-Garonne) en 1758. Fils d'un conseiller au Parlement de Toulouse, député de la noblesse aux Etats Généraux, il soutint avec chaleur la cause royale et offrit de défendre Louis XVI devant la Convention, faveur qui lui fut refusée par cette Assemblée. Ses discours ont été publiés en 1821.

nature du sol et le genre de cultures. Dans les contrées où le sol est ingrat ou couvert de forêts, ou bien dans celles où la culture nécessite de gros capitaux, le partage égal ne peut produire d'heureux résultats.

Aux vues de Mirabeau, de Merlin, de Petion, de Robespierre, sur l'importance du droit successoral pour le bien social et politique de la nation, Cazalès opposait d'excellents arguments : « Qu'on aille donc dans les heureuses contrées des provinces méridionales où le père de famille ne meurt jamais. Celui qui lui succède le remplace dans ses affections, comme dans ses droits. Il est sans exemple, dans ces contrées, que la maison du fils aîné ne soit pas la maison commune de toute la famille... C'est par l'amour de la propriété qu'on s'élève à l'amour de son pays; c'est par l'amour de la famille qu'on s'élève à l'amour de ses concitoyens. Il faut que la propriété ait cette fixité qui attache l'homme à la vie. Or, à quoi tendrait ce partage égal, cette division des propriétés? Chaque part de terre ne suffirait plus à nourrir celui qui la posséderait. Au décès de chaque père de famille, on serait obligé de vendre son champ et d'en partager le prix, ou de le morceler. Dans le premier cas, on verrait s'établir de grandes propriétés, aussi nuisibles que les petites; dans le second, l'attachement au sol et l'amour de la patrie seraient détruits dans leurs éléments. »

Sa voix ne fut pas entendue. Ce qui importait par dessus tout, et Merlin l'avait dit lui-même, c'était d'effacer les plus légères traces de la féodalité, de la poursuivre jusque dans ses derniers retranchements. Déjà, un décret du 18 mars 1790 avait décidé que les successions des nobles seraient partagées comme celles des roturiers. Et le décret du 8 avril 1791, rendu sous l'impression d'un discours posthume de Mirabeau lu le 1^{er} avril par Talleyrand, quelques heures après la mort du grand orateur¹, établissait le principe du partage égal

1. « Eh quoi! N'est-ce pas assez pour la société des caprices et des passions des vivants; nous faut-il encore subir leurs caprices, leurs passions quand ils ne sont plus? N'est-ce pas assez que la société soit actuellement chargée de toutes les conséquences du despotisme testamentaire depuis un temps immémorial jusqu'à ce jour? Ici un injuste éloignement, là une prédilection aveugle. La loi casse tous les testaments appelés *ab irato*, mais tous les testaments qu'on pourrait appeler *in decepto*, *ab imbecilli*, *a superbo*, la loi ne les casse pas et ne peut les casser.

« Combien de ces actes signifiés aux vivants par les morts, ou la folie, semble

des successions, sans se soucier des pratiques communautaires antérieures ou des distinctions entre aînés et puînés que les nécessités économiques avaient parfois imposées.

En supprimant le droit d'aînesse, l'Assemblée Constituante avait gardé quelques ménagements et respectés les droits acquis. Parlant au nom des populations des provinces où les institutions contractuelles étaient d'un usage fréquent, le béarnais Darnaudat avait demandé et obtenu que l'exécution de la loi nouvelle ne portât point préjudice à ces institutions, ainsi qu'aux autres clauses légitimement stipulées, soit par contrat de mariage, soit par articles de mariage, dans les pays où ils avaient force de contrats¹.

La Convention devait aller plus loin. Elle abolit les substitutions (14 novembre 1792), la liberté de tester (7 mars 1793) et vota la grande loi successorale du 7 nivôse an II, dont l'art. 16 réduisait à peu près à rien le droit de disposer à titre gratuit, afin que les particuliers ne puissent éviter le partage au moyen de libéralités préciputaires. On ne pouvait disposer que du dixième de ses biens quand on avait des héritiers en ligne directe, ou du sixième si on ne laissait que des collatéraux. Encore cette quotité disponible ne pouvait-elle être donnée qu'à des héritiers². On sait aussi que cette loi méconnaissait le principe de la rétroactivité en décidant que ses articles seraient applicables aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789.

C'est que le législateur de l'an II aurait voulu faire entrer de force, comme l'a dit Laferrière (*op. cit.*, Préface, p. 38)

le disputer à la passion, où le testateur fait des dispositions telles qu'il n'eût osé de son vivant en faire confidence à personne, telles qu'il eut besoin pour se les permettre de se détacher entièrement de sa mémoire et de penser que, dans le tombeau, il serait à l'abri du ridicule et des reproches.

« Je ne sais, Messieurs, comment il est possible de concilier la nouvelle législation française, où tout est ramené au grand et admirable principe de l'égalité politique, avec la loi qui permettrait à un père d'oublier à l'égard de ses enfants ces principes sacrés d'égalité naturelle. Ah! on ne le voit que trop! Ce sont les pères qui ont fait ces lois testamentaires; mais, en les faisant, ils n'ont pensé qu'à leur empire et ils ont oublié la paternité. Ils en ont été punis en faisant naître dans le cœur de leurs enfants, à la place de sentiments doux et sincères, de ce penchant naturel d'amour, de respect et de gratitude, des motifs de crainte et des vues secrètes d'intérêt... »

1. Ph. SAGNAC: *La législation civile de la Révolution (1780-1804)* pp. 317 et suivantes.

2. PLANIOL, III, n° 3.056.

la démocratie absolue dans la constitution de la famille et de la propriété. Certes, la liberté de tester n'avait jamais été complète, même antérieurement à la Révolution. Elle était bornée par la réserve des quatre quints dans les pays de Coutumes et par la légitime des pays de droit écrit. Il est vrai que les Coutumes basques ne laissaient aux cadets qu'une réserve dérisoire. La Révolution n'a pas seulement poursuivi l'anéantissement de la propriété féodale; elle a voulu aussi détruire toute richesse dépassant le nécessaire, humilier les superbes. Ch. de Lameth ne disait-il pas, dans un discours à la Constituante du 12 avril 1790: « L'Assemblée a réalisé pour le bonheur des hommes, les paroles du Christ : Les premiers deviendront les derniers et les derniers seront les premiers. » C'est cet idéal d'égalité absolue qui a inspiré l'œuvre de législation civile des Assemblées révolutionnaires et surtout de la Convention ¹.

Sous un pareil régime, le père de famille n'avait plus aucune disposition testamentaire à prendre : tout était minutieusement et rigoureusement réglé par la loi. A sa mort, l'appareil législatif se mettait en mouvement, séparant, divisant automatiquement. Et, comme la représentation était admise à l'infini même en ligne collatérale, c'était véritablement, suivant l'expression d'Arthur Young, une « machine à broyer le sol ».

Le département des Basses-Pyrénées opposa une résistance énergique, dont témoigne le mémoire remarquable du général Serviez, demandant qu'il fût procédé à un nouvel examen des lois successorales déjà amendées en l'an VIII. Les pères de famille réussirent à sauvegarder le privilège de primogéniture en concluant avec leurs enfants des ventes simulées d'immeubles. D'une façon générale, les cadets ne s'opposaient pas à ce que leurs aînés fussent avantagés, même ouvertement; mais, en certains endroits où les effets de la Révolution se faisaient mieux sentir, par exemple dans le voisinage immédiat des villes, ils s'avisèrent parfois d'exiger le partage égal. Des maisons souches furent licitées, des familles disper-

1. Les Girondins pensaient que cette égalité ne convenait pas aux grands Etats. Et ce fut une des principales raisons de leur condamnation. (ESPINAS: *La philosophie sociale du XVIII^e siècle et la Révolution*, p. 140.)

sées, et les résultats furent aussi peu satisfaisants au point de vue économique qu'au point de vue moral.

Enfin, le Code civil fut établi, et comme il n'admettait la représentation qu'en ligne directe descendante et étendait la quotité disponible, il fut accepté, dans nos provinces, comme le moindre mal. Dans les premières années qui suivirent sa promulgation, la Cour de Pau eut à rendre un certain nombre d'arrêts relatifs à la Coutume successorale qui subsistait encore, malgré les dispositions formelles du Code. Ainsi, le 19 mars 1808, elle réforma un jugement du tribunal d'Orthez qui avait nommé, le 10 juin précédent, un conseil de quatre parents à l'effet de fixer les parts d'enfants puînés, au lieu de confier cette mission à des experts. Dans une affaire Lebaig (9 thermidor an XII), la Cour rappelle ce principe que, depuis la loi du 28 pluviôse an V, les parts des cadets doivent leur être fournies en biens héréditaires, et non de la manière qu'il plaira à l'aîné, et ce, malgré un règlement de famille intervenu avant l'ouverture de la succession, lequel ne peut avoir la force d'une convention particulière.

Nombreuses décisions relatives aux institutions contractuelles. L'institution est-elle valable, si elle est contenue dans de simples articles de mariage sous seing privé, antérieurs à la loi du 7 mars 1793, mais rédigés à l'occasion d'un mariage célébré postérieurement à ladite loi? Oui, si le mariage n'est que la ratification d'une convention antérieure conclue sans fraude. En ce sens, arrêt de la Cour de Pau (1840).

Une clause ainsi conçue: « Et pour ce qui regarde l'institution héréditaire des enfants qui naîtront du présent mariage, les Fors et Coutumes du pays seront observés » n'était pas valable sous l'empire du Code, les institutions étant de droit étroit, comme contraires à l'égalité des partages: elles doivent contenir une vocation directe et expresse de l'héritier. Celles qui n'offraient qu'une soumission pure et simple à la Coutume ne remplissaient pas cette condition (7 mars 1825). Au contraire, la clause « Se réservent les futurs époux d'instituer leur héritier et, dans le cas où ils ne le feraient pas, l'aîné sera tenu pour nommé », produisait son effet.



En résumé, l'erreur des hommes de la Révolution est d'avoir considéré le droit d'aînesse comme ayant toujours été une création du régime féodal, alors qu'il avait, dans le Sud-Ouest, une origine beaucoup plus ancienne, que la fâcheuse défaillance des députés basques ne permit pas de mettre suffisamment en lumière. Nous verrons, au dernier chapitre de cet ouvrage, comment les chefs de famille s'efforcèrent jusqu'à nos jours de tourner les dispositions restrictives du nouveau Code.



LIVRE PREMIER

SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

CHAPITRE XIII

Capacité requise pour recevoir et disposer par testament

A) *Incapacités de succéder*

Les incapacités de succéder que nous allons passer en revue sont communes aux successions testamentaires et *ab intestat*. Examinons-les, en nous aidant de la distinction établie par le droit moderne entre les incapacités de jouissance et les incapacités d'exercice.

Il ne faut pas perdre de vue ce principe, admis par toutes nos Coutumes : que les biens sont possédés par les individus non pas tant pour eux-mêmes que pour leurs héritiers, et particulièrement pour leurs descendants ; ces individus doivent, par conséquent, être aptes à fonder une famille et à bien administrer leur patrimoine. Celui qui est incapable de bien gérer l'héritage et de perpétuer la famille perd non seulement l'administration, mais la propriété des biens auxquels il aurait eu le droit de prétendre sans son infirmité. Remarquons que nos Coutumes, à quelques exceptions près (notamment à propos de la situation particulière faite aux ecclésiastiques régu-

liers), ne faisaient pas mention de ces incapacités, sans doute parce qu'elles étaient considérées comme allant de soi.

Sont incapables de succéder: les fous, les imbéciles, les idiots. La folie embrassait toute la gamme des égarements de la pensée. Quant aux imbéciles de sens et de jugement, ce sont, dit Eugène Cordier ¹, « ces êtres dégénérés que l'on rencontre dans les Pyrénées comme dans les Alpes, ceux que la science appelle crétins quand ils ont subi un arrêt dans leur développement psychique, idiots lorsqu'ils présentent une organisation vicieuse... Ils se reconnaissent à leur physique atrophié, comme leur esprit, à leurs grosses lèvres, à leur mine hébétée. » Les fous et sourds-muets de naissance étaient frappés, dans les provinces espagnoles, d'une incapacité identique.

Mais le chef de famille doit pourvoir à l'entretien de ces dégénérés. Il leur fournit même une légitime qui, à leur décès, doit permettre d'assurer à leur dépouille une sépulture décente.

Dans une même pensée de bonne administration, les prodigues sont exclus des successions légitimes, au moins en Soule, en Béarn et dans le pays basque espagnol. Cette exclusion était d'ailleurs conforme à l'esprit de la Coutume ¹.

Les condamnés à mort ou aux galères perpétuelles ne pouvaient succéder, étant morts civilement. Ils ne pouvaient, non plus, transmettre leurs biens par un testament postérieur à leur condamnation. Les lépreux reconnus ne pouvaient pas davantage recevoir par testament, du moins individuellement, car des legs étaient faits fréquemment en faveur des léproseries où on enfermait les plus atteints; ceux-là étaient frappés de mort civile. Ceux chez qui la maladie se présentait sous une forme bénigne étaient laissés en liberté, mais on prescrivait, à leur égard, de sévères mesures d'hygiène ². Ils étaient craints et méprisés par le peuple, qui les appelait *cagots* ou *chrestiaás*. Mais, au début du XIV^e siècle, ils ne furent plus frappés que d'une sorte de *capitis diminutio minima* et n'en-coururent plus que certaines incapacités. Les cagots, étant laissés en liberté, devaient travailler pour vivre: il fallait donc leur reconnaître la capacité de contracter à l'occasion de leur

1. *Le droit de famille aux Pyrénées*, p. 94.

2. *V. infra*, p. 88.

métier ainsi que celle de disposer de leurs économies, de recueillir des biens et d'en transmettre à titre successif. C'est ainsi qu'en 1368, Arnaud Guilhem, chef de la cagoterie de Lucq, lègue la moitié de ses biens à sa femme, à la condition qu'elle ne pourra l'aliéner et que ses enfants en hériteront après elle ¹.

Dans les provinces basques d'Espagne, la loi 16 du titre I, partie VI de *las Partidas* privait les hérétiques du droit de tester. Cette disposition n'avait jamais été abolie expressément, mais sa rigueur s'était atténuée avec le temps. Au XVIII^e siècle, elle était devenue lettre morte.

Les membres du clergé régulier étaient également exclus des successions *ab intestat* et testamentaires, du moins ceux qui avaient prononcé les vœux solennels. Disposition assez naturelle. Ces religieux, étant morts au monde, ne pouvaient continuer la famille. D'autre part, les biens des successions qui auraient pu leur échoir seraient ensuite passés à des étrangers. Enfin, il était de l'intérêt de la collectivité de ne pas laisser s'accumuler à l'excès les biens de mainmorte. Il semble que cette exclusion qui résultait suffisamment de l'esprit de la Coutume, n'eut pas besoin de consécration législative; mais il faut croire qu'on avait tendance à l'oublier, puisqu'elle dut faire l'objet d'une déclaration de Louis XIII, rendue à Saint-Germain sur la requête des Etats de Béarn le 1^{er} février 1639 et enregistrées au Parlement de Navarre le 4 avril de la même année.

Au contraire, les prêtres, membres du clergé séculier, pouvaient recueillir des successions. Dans les héritages *ab intestat* de leurs ascendants, il leur était dû une légitime sur laquelle était imputé l'usufruit du « titre clérical » qui leur avait été fourni au moment de leur entrée dans les ordres.

Il arrivait aussi que le curé, en tant que représentant de l'Eglise, recueillît une part plus ou moins importante des successions *ab intestat*. Maurice Cuzacq nous rapporte qu'autour de Bayonne il était fait trois parts des acquêts de l'*ab intestat* : une pour les héritiers, une autre pour le conjoint

1. Arch. dép. des B.-P., E 1401.

survivant, la troisième pour les œuvres pies. C'était la part du mort¹. A Bayonne même, lorsqu'une succession n'était dévolue qu'à des collatéraux « ne descendant pas du tronc de l'acquérant », ceux-ci n'avaient à se partager que la moitié des acquêts du décédé, l'autre moitié était donnée à l'Eglise et constituait la part du mort². Ce principe était d'ailleurs fort ancien et bien antérieur à la Coutume, car une ordonnance du comte Bertrand de Bayonne prescrivait, en 1150, à ses sujets, de léguer à l'évêque une partie de leur fortune, et à l'évêque de leur donner ses prières en échange. (MARCA: *Histoire du Béarn*, p. 451.)

Il y eut parfois des abus qui provoquèrent l'intervention du législateur, ainsi qu'en témoigne la loi 12, titre XIII, livre III de la N. R. : « En la ville de Tudèle et en d'autres endroits de ce royaume, quand un laïc décède sans testament, le curé (*cura de ánimas*), sous prétexte de prières pour le mort et d'œuvres pies, dispose à sa guise de la plus grande partie des biens composant la succession, préjudiciant ainsi aux héritiers du sang. Et, parce que cela ne nous semble pas juste, nous supplions Votre Majesté d'ordonner que le curé ne pourra s'emparer d'aucun bien appartenant à un laïc. Si, dans l'année du décès, les héritiers n'ont pas fait procéder aux funérailles ni fait dire les prières dues à l'âme du défunt, conformément à la Coutume du lieu (*de la tierra*), au rang social du *de cujus* et à l'importance de sa maison, le curé n'aura que la ressource de demander au juge ecclésiastique de contraindre lesdits héritiers à faire procéder aux funérailles et à faire dire les messes convenables, à l'exclusion de toute autre mesure.

« DÉCRET : Nous ordonnons qu'il soit fait comme le royaume le demande. »

1. M. CUZACQ: *Testaments reçus par les curés*; in-8°, 1890. (Bibliothèque municipale de Bayonne.)

2. « Et en deffaut de tous collatéraux descendans du tronc de l'acquérant, en la moitié desdits biens avitins et de conquête faite par les père et mère avant le mariage, a lieu et est gardé en la succession du deffunt sans testament ce qui a esté dit ès articles parlans de biens acquis par le décédé ou de conquête faite par les père et mère durant leur mariage, et par leur succession obvenue au décédé et l'autre moitié est exposée pour l'âme du deffunt. » (Coutume de Bayonne, t. XII, art. 32.)

B) *Capacité requise pour tester*

Les lépreux, les serfs, les condamnés aux galères, les membres du clergé régulier étaient incapables de tester, et les aubains, à l'exception des Navarrais d'Espagne et des Aragonais, ne pouvaient laisser en Béarn et en Navarre de testament valable.

Il est assez curieux de noter l'importance très grande des testaments dans les Pyrénées Occidentales, principalement en Navarre et en Béarn, où il était mal venu, aux yeux de ses concitoyens, de mourir *ab intestat*, alors même qu'un *prim* acceptait la succession. Cela ne se conçoit guère, au premier abord, dans un pays coutumier où la dévolution des héritages est prévue par la loi, mais s'explique, toutefois, si l'on songe au très grand nombre de personnes intéressées à la confection d'un testament : cadets en quête d'une légitime convenable, parents (ascendants et conjoint) non appelés par la Coutume à l'affût d'un legs, ecclésiastiques intéressés à ce que le père de famille ne décède point avant d'avoir fait quelque fondation charitable pour le repos de son âme.

Pour tester (le For de Navare dit : *fazer su destin*, ce dernier mot signifiant la destination que le mourant veut donner à ce qu'il laissera après lui), il faut en principe être majeur. L'ancien droit navarrais connaissait des majorités différentes pour certains actes de la vie civile. La majorité primitivement voulue pour tester était particulièrement précoce : sept ans, si l'on en croit le texte de l'*Amejoramiento du Fuero* et la traduction qu'en donne B. de Lagrèze :

« Selon le For antique, les hidalgos à l'âge de sept ans pouvaient faire testament, passer des contrats, aliéner leurs biens. Nous comprenons que c'est contre droit et raison : nous établissons et ordonnons que dorénavant, ni hidalgo ni autre individu de notre royaume n'ait pouvoir de faire testament, contrat ou aliénation de ses biens, avant l'âge de quatorze ans accomplis s'il est un garçon, et de douze ans accomplis si c'est une fille, ni d'ester en justice sans tuteur ou curateur, à lui donné par autorité de la Cour. »¹.

1. « Como segunt fuero antiguo los hidalgos habiendo siete anyos podiessen fazer testamet, contracto, aylllenar sus bienes. Nos entendiendo que es contra dreito

Il apparut donc au législateur que la majorité requise pour tester devait être fixée à un âge plus avancé. Déjà le For de Saint-Sébastien, donné par Sanche le Sage en 1150, déclare que les enfants avant leur douzième année ne peuvent faire une donation valable. Ils ne peuvent, sur les biens des aïeux, faire don que d'une vigne, d'une terre ou d'une maison, s'ils ont deux maisons ou trois propriétés, sorte de demi-capacité à rapprocher de celle du mineur de seize ans dans notre droit français actuel. Cet âge fut porté par Philippe III à quatorze ans pour les garçons et à douze pour les filles.

D'après les Fors et Coutumes du royaume de Navarre, l'homme avant l'âge de dix-huit ans et la fille avant l'âge de quinze ans, en pouvoir de père et non mariés, avaient besoin pour tester du consentement paternel, à peine de nullité (rub. XXVII, art. 28). A Bayonne, l'âge requis était de quatorze ans pour les garçons et de treize pour les filles.

La Coutume de Soule permettait à l'homme et à la femme, maîtres de leurs droits, de tester à l'âge de quinze ans accomplis (Soule, tit. XI, art. 1). Suivant la Coutume de Labourd, on pouvait disposer par acte de dernière volonté à l'âge de quinze ans si l'on était « seigneur de ses droits », à dix-huit ans si on était en puissance d'autrui.

Enfin, d'après la Coutume de Béarn, les mineurs de quatorze ans (garçons) ou de douze ans (filles) étaient dans l'incapacité absolue de tester; passé cet âge, ils n'avaient qu'une demi-capacité que la Coutume, assez hésitante, avait fait fixer par un règlement des Etats de 1557 d'après lequel il est défendu aux fils de famille non émancipés de tester, sauf dans les cas exceptés par le droit. Ils pourront disposer des biens « acquis par leur prouesse et industrie, hors la compagnie du père », en faveur de qui ils voudront. Ils sont autorisés à disposer des biens qui leur sont venus par succession ou donation (pécule adventice), mais seulement

et rason, establesceamos et ordenamos que daqui adelant ningun hidalgo, ni otro ninguno de nuestro reyno, que haya poder de fazer testamet sin ningun contracto, ni ayllenacion de sus bienes ata tanto que haya edat de 14 aynos cumplidos (si varon es, et si mujer es, ata que haya 12 anyos cumplidos) ni ser en juicio sin tutor ó curador, dado a eill por autoridat de Cort. » (*Amejoramiento del fuero*, cap. 1.)

en faveur de leurs enfants, ou de leur père s'ils n'ont point d'enfants¹.

Mais sur ce dernier point, les hésitations recommencèrent, car on sait que les Coutumes étaient peu favorables aux successions que pouvaient recueillir les ascendants. Le 20 septembre 1700, le Parlement de Navarre confirmait le testament d'un fils, fait en faveur de son père, mais décidait, par voie de règlement, qu'à l'avenir les enfants de famille ne pourraient tester en aucune façon. De plus, il ordonnait la publication de cet arrêt. Il ne fut pas obéi, car, huit ans plus tard, un autre testament, fait en de semblables conditions, fut encore validé, sous prétexte que l'arrêt de 1700 n'avait pas été publié. En somme, la jurisprudence resta indécise sur cette question jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.

Pour disposer à cause de mort, il faut aussi être sain d'esprit. Le testament fait par un aliéné dans un intervalle lucide est valable. En cas de doute, dit Alonso, la validité du testament est présumée, pourvu que l'aliéné n'ait pas été en état de fureur au temps du testament, et que les mentions portées audit acte témoignent d'une volonté raisonnable.

La femme mariée ne pouvait, sous l'empire de l'ancienne Coutume de Béarn, tester sans autorisation de son mari, puisqu'elle était en puissance d'icelui (art. 261 du F. G., 240 du For de Morlaàs). On n'avait pas encore compris que le testament ne produisait effet qu'à une époque où la puissance maritale ne s'exerçait plus. Mais l'art. 17 du For réformé (rub. « De mari et femme ») autorise la femme à tester en faveur de son époux, de ses enfants, de ses parents ou « pour son âme ». Il faut en conclure que les dispositions faites en faveur d'un étranger devaient être autorisées par le mari.

Signalons, enfin, que, dans les provinces espagnoles, l'incapacité de disposer à cause de mort qui frappait les membres du clergé régulier n'atteignait les archevêques et évêques que dans la disposition de leurs biens profectices, c'est-à-dire des économies réalisées sur leurs bénéfices, à l'exclusion de leurs

1. Compilation d'aucuns privilèges et règlements du pays de Béarn. Questions sur lesquelles le Parlement fixe sa jurisprudence; secondairement sur les testaments des fils de famille.

bien patrimoniaux. L'ordonnance royale du 30 avril 1844 adressée aux *subcolectores de espolios*¹, bientôt suivie par le Concordat du 16 mars 1851, abolit cette distinction; les membres du clergé purent disposer librement de leurs biens, à l'exception, bien entendu, des ornements sacerdotaux, propriété du culte.



1. Ces fonctionnaires diocésains étaient spécialement chargés de recueillir les dépouilles (*espolios*) des ecclésiastiques décédés; il s'agissait surtout des acquêts réalisés à l'aide des revenus des bénéfices.

CHAPITRE XIV

Les formes du testament



ETUDIER les formes de tester dans un pays donné, présente toujours un certain intérêt. Suivant le degré de faveur que l'esprit public attache aux dispositions de dernière volonté, celles-ci sont plus ou moins nombreuses, plus ou moins variées. Les pages que nous allons consacrer à l'examen des différents actes à cause de mort, au pays basque et en Béarn, nous révéleront certaines particularités intéressantes : dans les provinces basques françaises, existence d'un testament écrit, reçu par un notaire assisté d'un petit nombre de témoins, rôle important dévolu au clergé dans la réception des testaments, extrême rareté du testament olographe, sauf peut-être à Bayonne. En Navarre espagnole, coexistence du testament nuncupatif et du testament primitif indigène par cabezaleros, règles détaillées relatives au codicille, reconnaissance des mémoires ou notes testamentaires.

Nous nous proposons de consacrer quatre sections à l'étude de ces différentes manières de disposer *mortis causa*, en examinant successivement les testaments oraux, les testaments écrits, les testaments spéciaux ou privilégiés, et enfin les administrateurs testamentaires. Hâtons-nous de dire que la pratique ignore, en réalité, des divisions aussi tranchées entre les différentes formes de tester. C'est ainsi qu'il existait en Navarre espagnole un testament dit nuncupatif qui pouvait, au gré du disposant, être couché par écrit ou ne donner lieu qu'à une simple audition des témoins l'ayant entendu prononcer de la bouche du testateur. Et, d'autre part, la Coutume de Bayonne nous parle d'un testament fait par devant notaire

et qui vaut « soit par manière de testament solennel, soit à titre de testament nuncupatif ».

SECTION I

TESTAMENTS ORAUX

C'étaient les plus anciens; ils furent longtemps en faveur, tant dans les pays coutumiers que dans ceux de droit écrit.

A) *Testament par cabezaleros (Navarre espagnole)*

Suivant le For général de Navarre, le testament verbal ne se faisait pas devant des témoins ordinaires (*testigos*), mais devant des personnes spécialement choisies par le testateur et honorées de sa confiance, les *cabezaleros* (attestateurs). Les ayant fait appeler, il leur disait : « Soyez mes cabezaleros. » Ceux-ci devaient répondre : « Oui, nous le serons, s'il le faut. » Ils assumaient alors la charge de prouver la volonté du testateur et d'être exécuteurs testamentaires. (Liv. III, tit. XX, chap. III.)

« Lorsqu'un malade, dit le For, fait son testament et le fait à des cabezaleros, mais sans écrit, si, par aventure, il advient que le testament soit querellé plus tard, il doit être prouvé par les cabezaleros selon le For, et le For veut que la preuve soit faite ainsi : Nous, tel et tel, rendons témoignage que lorsque don N... tomba malade, il nous appela pour recevoir son testament, nous demanda d'être présents, en notre présence régla ses affaires et nous pria d'être cabezaleros, nous appelant tous ensemble et nous nommant chacun séparément par notre nom. Et c'est ainsi que nous rendons témoignage du testament d'un tel devant Dieu et sur le salut de nos âmes, et, si nous mentons, ce sera au détriment de nos âmes. »¹ Suivait l'énoncé des dispositions testamentaires.

1. « Cuando alguno es enfermo, et face su destin, et fara cabezaleros, mas non carta escriptos, si por aventura á bien e cuyta en algunos tiempos, que aqueill destin por aqueillos cabezaleros sea probado segunt su fuero, asi lo deben probar segunt su fuero. Nos, N. et N. decimus, et testimoniamus, que quando Don X... fugresunt enfermo, clamonos que ficiese su destin, et rogonos que fuesemus, y

Le témoignage des cabezaleros sur le testament doit valoir, selon le For, quoique le testateur ne l'ait pas fait écrire, parce que les cabezaleros sont de bons témoins. Mais leur témoignage doit être écrit en présence de témoins. (Liv. III, tit. XX, chap. III.) C'est la résomption des témoins ¹

Il résulte des dispositions du For que le nombre des cabezaleros devait être au minimum de deux, mais qu'il pouvait comprendre autant de personnes que le testateur désirait ².

Lorsqu'un homme tombe subitement en danger de mort, le témoignage d'un prêtre, s'il est de bonne renommée (*sic*), vaut autant que celui de plusieurs cabezaleros pour la validité du testament verbal (liv. III, tit. XX, chap. IX) ³.

La règle ancienne du vieux For, commune d'ailleurs à toutes les formes du testament, était que cet acte de dernière volonté ne pouvait être valablement fait par un hidalgo, hors du lieu où se trouvait l'héritage. Cette disposition rigoureuse souffrait d'importantes exceptions (liv. III, tit. XX, ch. VII) : « ...Cependant, un hidalgo qui se trouve hors de son héritage peut tester s'il est en campagne ou en pèlerinage, ou à la suite de son seigneur, hors de sa terre. Dans ces cas, le testament peut se faire en un lieu étranger. Le testateur doit choisir des cabezaleros de son pays; s'il ne peut en trouver, il doit les prendre de l'endroit où il fait son testament. Les cabezaleros doivent revêtir le testament écrit de leur sceau,

delant nos ordeño sus cosas et rogonos que fuesemos cabezaleros, otorgandonos todos ensemble quiscada uno por nombre, et por esto testimoniamus delant Dios; et sobre nuestras ánimas; que si nos mentimos de la testimonianza del destin de Don X..., que sea dayno de nuestras almas. E la forma del destin es esta: « Yo, X..., en tal manera fago sin destin, et asi ordeno mis cosas et cerca vos Don N. et N. ruego vos, que seades cabezaleros del mi destin, et de esta guisa ordeño de las mias cosas. » (Fuero general, l. III, t. XX, chap. III.)

1. « La testimonianza de los cabezaleros sobre tal destin, valen debe por fuero, maguera aqueill qui faz el destin á su muerit non lo fezo escrevir, pues que los cabezaleros son de bon testimonio, si facen testimonianza sobre destin de algun home, segunt de esta, que escripta es, los cabezaleros, complida la testimonianza, debe ser escripta con testimonios. »

2. « ...Estos cabezaleros que sean dos, ó mas, quantos quiere, y segun el dreito de que destina... » (L. III, t. XX, chap. IX.)

3. « Et si fuere home enitado de muerto, ó ferido de gladio, ó non se acertare. Otro si no el preste mandamus, que valga por dos, porque creemos que dezdia la verdad; empero el clerigo no estando disfamado nin de mal testimonio. » Cette précaution semblerait indiquer que le For a été rédigé à une époque où la tenue du clergé navarrais s'était quelque peu relâchée et corrobore l'observation d'E. Cordier, signalée plus haut.

afin qu'il soit valable. On peut tester dans un désert, si on est surpris par une maladie soudaine, et, dans cette hypothèse, on peut prendre pour cabezalero toute personne honorable, homme ou femme, ou le curé, ou des enfants au-dessus de sept ans. »¹ Voilà pour les testaments que nous pouvons qualifier d'urgents. Pour les autres, il était utile qu'il y eût plusieurs cabezaleros, deux au moins, surtout lorsque le testament n'existait que dans leur mémoire.

Ce qui, dans le vieux For, n'était que l'exception, devait devenir la règle dans l'*Amejoramiento* du roi Philippe, qui s'exprime ainsi : « Selon le For antique, tout hidalgo ne pouvait tester que dans le lieu de son héritage et non ailleurs, excepté dans certains cas déterminés. Les cabezaleros et les témoins devaient être de son pays et de sa condition. Il en résultait bien des dangers pour les âmes, bien des inconvénients pour les patrimoines. Beaucoup mouraient *intestat* par la faute du For susdit. Nous établissons que tout hidalgo ou tout homme ayant droit de tester pourra faire son testament là où il se trouvera et choisir pour cabezaleros et témoins des hommes honnêtes qui lui conviendront, quelle que soit leur condition. »²

Le For général s'occupe ensuite de la preuve du testament. Il explique comment elle doit être faite : devant l'alcalde, à la porte de l'église, en parlant à Dieu et sur son âme, et en présence de témoins³. Si le testament a été fait hors du pays,

1. « Todo hidalgo debe estimar, sobiendo en su heredat, maguer bien puede estinar non sabiendo en su heredat, si por ventura fuere en Huest, ó en Romeria, ó otra tierra, ó con su señor fuera de tierra; por estas cosas en estos logares si estinare, debe valer el destin, et si podiere haber los cabezaleros haya de su tierra, et si non podiere haber de su tierra, aya de aqueill logar, ó fezo el destin, et los cabezaleros deben dar el destin escrito de su sieillo de la cabezaleria, por tal que sea valedura. Otro, si puede estinar en yermo por muert subitanea, ó si es ferido de gladio, et pueden ser cabezaleros todo home bueno, et buenas mujeres, et el capeillano, et deben valer testigos de siete anyos arriba. »

2. « Segun fuero antiguo, como todo hidalgo debiese estinar seyendo en su heredat, et non en otro logar, et de su condición, de muytos peligros se seguian à las animas, et granados daynos en los bienes, et muytos morian sen testament por ocasion del Fuero sobredicho. Establecemos que todo hidalgo à qualquiera otro home que ha poder de fazer testament, pueda fazer su destin do quiera que será, et cabezaleros, et testigos, homes buenos quales eill esleyre de qualquiere condición sean. » (*Amejoramiento del Furo*, cap. II.)

3. « ...Et si son sanos á la puerta de la iglesia, de fuera teniendose con las espaldas a la pared, deben dezir á Dios, et a lures almas, que cabezaleros no han otro sagramiento, mas los testigos deben jurar. » (L. III, t. XX, chap. v.)

les cabezaleros étrangers sont obligés de venir l'affirmer eux-mêmes, dans le lieu où la succession est ouverte. Comme le For avait négligé de fixer le délai dans lequel leur témoignage devait être reçu, des chartes particulières comblèrent cette lacune; c'est ainsi qu'une charte d'Estella de 1267 oblige les dépositaires de tout testament à venir l'affirmer devant l'alcalde, le prévôt et les jurats, dans les trente jours qui suivront le décès¹.

Rien dans le For n'indique que l'attestation des cabezaleros ne doive être faite qu'une fois pour toutes; ceux-ci peuvent donc être appelés à la renouveler ou à rendre témoignage du sens du testament s'il surgit quelque difficulté et qu'il soit nécessaire d'interpréter la volonté du testateur. Les cabezaleros défaillants sont tenus de réparer le dommage occasionné par leur défaut de comparution².

Si un cabezalero vient à tomber malade avant d'avoir accompli son mandat, et qu'il est certain, étant donné que depuis trois jours il n'a pu se rendre à l'église, qu'il ne peut venir à la porte de ce lieu saint pour y rendre son témoignage, les magistrats doivent se rendre chez lui pour l'entendre. Il suffit qu'il fasse sa déclaration à Dieu et sur son âme, car les cabezaleros, à la différence des témoins ordinaires, ne sont pas tenus de prêter serment³.

Le For prévoyait aussi l'hypothèse où le décès des cabezaleros surviendrait avant celui du testateur. « Si les cabezaleros viennent tous à mourir avant d'avoir fait connaître le testament, et qu'il n'existe pas d'écrit, le testament est perdu. Si l'un des cabezaleros reste seul en vie, il pourra s'acquitter de sa fonction pour lui et pour le mort, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas d'écrit. Si les cabezaleros sont tous décédés, mais qu'il y ait un testament écrit, celui qui le garde doit affirmer sa sincérité par serment prêté devant l'alcalde, sur l'Evan-

1. Arch. de Pampelune, C 3, n° 31.

2. « ...Et si failliere alguno, que non vienga et prenda est algun embargo, prenda daqueill cabezalero, et fagali dar la perdida, que ha preso por mengoa, que eill non podio haber. » (L. III, t. XX, chap. II du Fuero.)

3. « De testimonios enfermos ó cabezaleros que non pueden ir orar a la iglesia, et saben que tres dias ha que non fueron á la iglesia, al lecho del enfermo deben ir, et en su leyto seyendo, debe cumplir lo que ha de cumplir... » (Fuero general, l. III, t. XX, chap. v.)

gile et sur la croix. Aucun témoin ou cabezalero ne peut être astreint à faire pour le mort la preuve par bataille¹.

Enfin, quelques Fors particuliers prennent des mesures destinées à prévenir les faux testaments, car il est bien évident que le grand crédit accordé au témoignage de deux cabezaleros pouvait exciter les cupidités et faciliter les fraudes. D'opulents héritages provenant de personnes décédées *ab intestat* pouvaient être livrés sur la foi de deux faux témoins. C'est pourquoi le For de Saint-Sébastien de 1150 et le For d'Estella qui le copie, stipulent que : « Si quelqu'un fait un faux testament et qu'il soit possible d'en apporter la preuve par témoins avant qu'il se soit écoulé plus d'un an et un jour à dater du décès, le faussaire doit rendre tout ce qu'il a fait perdre. » Si un testament a été fait en faveur du seigneur par crainte ou intimidation, la preuve, à défaut de témoins, doit se faire par duel judiciaire.

Tel était, en Navarre espagnole, le mode de tester le plus commun au Moyen Age ; il fut possible de l'employer jusqu'à la *Ley recopilada* (la Recopilación de 1688). Mais comme il était à la fois primitif, compliqué puisqu'il exigeait : 1° des cabezaleros pour recueillir la volonté du disposant, 2° des témoins (*testigos*) pour entendre le témoignage des cabezaleros, et peu sûr, les préférences des Navarrais se portèrent bientôt sur une forme de testament plus simple et offrant plus de sécurité, le testament écrit dit *nuncupatif*, et cela d'autant plus facilement que le nombre des personnes qualifiées pour recevoir ces sortes d'actes (les notaires) s'était sensiblement accru.

B) Testaments oraux dits *nuncupatifs*

L'existence, en Navarre espagnole, d'un testament oral indigène nous fait comprendre pourquoi le testament pur *nuncupatif*, c'est-à-dire le testament oral prononcé en pré-

1. « Et si estos cabezaleros mueren antes que digan el destin, ó no fueren carta, el destinamiento será perdido, et si uno de los dos que fueren cabezaleros fuere vivo, o podrá testimoniar la cabezaleria por si, et por el muerto con carta, et sin es carta; et si dos fueron muertos, et hobieren carta, jurando el possessor con la carta en la mano por juicio de alcalde, et sobre el libro, et la cruz que, valga; et nuill cabezalero, ni testimonio por muert no haya torna á batalla. » (Fuero General, l. III, t. XX, chap. ix.)

sence de sept témoins, n'y fut point pratiqué. Il l'aurait été, au contraire, en Navarre française, antérieurement même à l'année 1512, car, sur les deux versants des Pyrénées, le droit romain s'appliquait à titre supplétif. Il est vrai que, si le testament verbal était *inter liberos*, il suffisait de le faire certifier par cinq témoins mâles de l'âge requis (Fors et Coutumes de Navarre, rub. XXVII, art. 19). Trois témoins suffisaient pour les testaments des militaires en campagne (*ibid.*, art. 20) ; et, de même, en temps de peste, « tout testament par écrit ou non écrit sera valable s'il est fait devant trois témoins de bonne vie et mœurs et de l'âge requis » (art. 21).

La Coutume de Soule paraît n'envisager le testament oral que comme un pis-aller. « En cas de nécessité où l'on ne pourra trouver un notaire, curé ou vicaire, est valable le testament fait en présence de deux témoins dignes de foi, à la charge, pour lesdits témoins, de faire rédiger ledit testament par écrit devant notaire dans les trois jours et d'affirmer, après serment en mains du notaire, la vérité de leur rapport. » (Soule, XXVI, 5.) Ce testament, de par la qualité des personnes qui y sont parties, se rapproche davantage du testament par cabezaleros que du testament pur nuncupatif.

En Béarn enfin, le testament nuncupatif se faisait en présence de trois témoins que le For de Morlaàs appelle *ordeners*¹. Les qualités requises pour être ordener ne sont pas mentionnées aux Fors. Il faut donc s'en référer au droit commun de l'époque : le témoin doit être chrétien, majeur de quatorze ans. Sont exclus les insolvable, les parjures, les usuriers, les homicides. Si les témoins sont en désaccord sur les dires du testateur, l'art. 238 du For de Morlaàs nous dit que « la demande retourne comme si le testateur était vivant ». Cela signifie sans doute que si aucun d'eux n'arrive à faire prévaloir en justice son interprétation, le *de cujus* sera considéré comme mort *intestat*. De tels procès peuvent être jugés par les tribunaux ecclésiastiques si les ordeners le demandent et s'ils ont donné « fermance » de réparer les torts faits par le défunt et de payer ses legs pies (art. 241 du For de Morlaàs).

1. Argument tiré de l'art. 238 du For de Morlaàs : « ...et que deux témoins de trois qui ont entendu le testament... »

Si tous les ordeners décèdent avant l'ouverture de la succession, aucune preuve du testament ne peut subsister. Le *prim* n'est donc pas tenu d'en exécuter les dispositions, à moins qu'il ne puisse être prouvé qu'il en ait eu personnellement connaissance.

Après tout ce que nous venons de dire, on conçoit que, dans les provinces basques, le testament purement oral n'ait pas été très en faveur, car il était peu sûr. Sans doute, avait-il eu sa raison d'être au Moyen Age, où très peu de gens savaient écrire. Mais lorsque, au XVIII^e siècle, d'Aguesseau consulta les Parlements sur le point de savoir s'il convenait de conserver cette forme de tester, le Parlement de Navarre répondait que, depuis longtemps, elle n'était plus d'un usage général, car « il semble dangereux de confier à quelques témoins qui peuvent être corrompus, la disposition d'une succession quelquefois importante, dans le temps qu'on ne leur confierait pas la preuve d'un prêt excédant cent livres ». Les conseillers palois étaient donc partisans de la suppression de cette forme de testament, mais ils ajoutaient que si jamais une ordonnance venait à en ressusciter la pratique, les témoins devraient être au nombre de sept, comme il était de règle pour le testament pur nuncupatif. Ils reconnaissaient cependant que, dans deux des pays compris dans le ressort du Parlement, on employait encore cette manière orale de tester : en Soule, pour les cas d'extrême urgence ; en Navarre, seulement pour les dispositions *inter liberos*.

SECTION II

TESTAMENTS ÉCRITS

A partir du XVI^e siècle, ils tendent de plus en plus à se substituer aux testaments verbaux et constituent désormais le mode normal de disposer à cause de mort.

A) Testament devant les *cabezaleros* fait par écrit

Il arrivait que le testateur haut-navarrais, au lieu de se contenter de faire connaître de bouche ses dernières volontés

aux cabezaleros, les leur faisait écrire. Les choses se passaient à peu près de la même façon que pour le testament oral; les cabezaleros se rendaient à la porte de l'église et procédaient à la lecture de l'acte de dernière volonté en présence de témoins (*buenos homes daqueilla villa*), ainsi qu'il est dit au livre III, titre XX, chapitre IV du Fuero General¹. Le serment des cabezaleros était le même que celui requis dans l'hypothèse d'un testament purement oral (*ibid.*, chap. III).

B) Testaments nuncupatifs et faits par devant notaire

En Haute-Navarre, le testament ouvert (*testamento abier-to*), dit — à tort d'ailleurs — « nuncupatif », est régi par les dispositions du titre XX, livre III du Fuero², modifiées par la loi 10 du titre XIII, livre III de la N. R., dont voici le texte : « Bien que les dispositions des chapitres II et suivants du titre XX, livre III du Fuero General déterminent la manière dont, à défaut de notaire, les testaments doivent être faits; considérant cependant que l'interprétation desdites lois a soulevé des difficultés qu'il convient d'aplanir... nous estimons qu'il y a lieu d'exiger pour la validité de ces testaments, à défaut de la présence d'un notaire, celle du curé (ou d'un autre ecclésiastique) et de deux témoins, ou, à défaut d'ecclésiastiques, de trois témoins qui ne soient ni parents ni au service des héritiers, mais cependant voisins du testateur et connus de lui. Celui-ci leur fera connaître verbalement ou par écrit (*o por escritura, o de palabra*) ses

1. « Cuando alguno es enfermo, o sano, et faze su destin porque quiere el sopenimiento a otro ensinar, et faze escrevir en la carta del destin los cabezaleros, si por ventura cerca en muert viene otro que quiera embargar su destin, et lo contrario dont aqueillos cabezaleros otorgando debe probar con aqueill destin que su feito en aqueilla guisa con escripto, et por mandamiento daqueill que fizo el destin los cabezaleros deben venir a la puerta de la iglesia aqueill qui contradisso el destin seyendo delant, et delant otros buenos homes daqueilla villa se debe leyer el destin, et cuando sera leydo, los cabezaleros deven testimoniar el destin en esta guisa: Nos testimoniamus delant Dios, et sobre nuestras animas, que X... que es muerto, delant nos mando, et fizo escrevir el su destin de esta guisa, et rogonos, et establimos por cabezaleros daquert destin... »

2. Paul Viollet (*op. cit.*, p. 955, édit. 1905) signale que, dès l'époque impériale, on considèrerait comme bon que le testament *nuncupatif*, purement oral à l'origine, fût consigné par écrit (Code, l. VI, t. XXIII, « De Testamentis », art. 31). C'est un conseil que testateurs et témoins s'empressèrent de suivre dès qu'ils en eurent la possibilité. C'est ainsi que l'art. du For que nous venons de citer admet l'existence d'un testament par cabezaleros, écrit.

volontés dernières. Les testaments qui viendraient à être dressés en méconnaissance de ces règles seront nuls et ne pourront valoir ni comme testaments, ni autrement. Nous supplions V. M. de bien vouloir nous concéder cela pour loi, nonobstant les dispositions du Fuero General.

« DÉCRET : A cela nous répondons : qu'il soit fait comme le royaume le demande. »¹

Telle était la forme de tester qui fut le plus en faveur du XVII^e siècle jusqu'à la promulgation du Code civil espagnol. En fait, la pratique, devançant la loi, en avait, dès le XVI^e siècle, généralisé l'emploi. Il résulte de ces dispositions que le testament ouvert se présentait en Navarre espagnole sous trois formes : une normale (devant un notaire et deux témoins) et deux supplétives : un prêtre et deux témoins ou seulement trois témoins. Il suffit que ces témoins instrumentaires, si le testament est fait dans l'une des deux premières formes, soient de bonne renommée (*hombres buenos*) et ne soient frappés d'aucune des incapacités prévues par le Fuero General. Mais si le testament dit « nuncupatif » n'est reçu que par trois témoins, l'*Amejoramiento* exige qu'ils aient aussi la qualité de voisins (*vecinos*) du testateur. Il n'est pas nécessaire que les témoins sachent écrire. Etaient incapables de témoigner les fous (sauf dans un intervalle lucide), les sourds-muets, les aveugles, les voleurs, les meurtriers, les traîtres, les apostats, les condamnés pour faux témoignage, et enfin les héritiers, légataires universels, particuliers et fidéicommissaires, ces derniers à cause de l'intérêt qu'ils avaient au testament.

1. Voici le texte espagnol, que nous croyons utile de reproduire : « Aunque por el cap. 2 del Fuero general, que comienza : Si infanzon fuese enfermo, y otros esta dispuesto y establecido, como deben ser hechos y ordenados los testamentos en falta de escribano real, que los testifique, por la duda que hay en su inteligencia, de que han resultado, y pueden resultar pleitos : convendria, que interpretando el dicho fuero, se determinase la forma y solemnidades que han de tener los dichos testamentos para ser válidos ; y la que al reino le ha parecido conveniente, y ajustada a lo dispuesto por el derecho comun, y en particular el canonico, es, que para que los dichos testamentos valgan, y tengan fuerza de tales, no habiendo escribano que los testifique, le hayan de otorgar en presencia del cura o de otro clerigo, y dos testigos, et si tampoco hubiere clerigo, que sean los testigos tres, y que no sean parientes, ni criados de los herederos, o personas que tengan interés en el testamento, y que sean vecinos des mismo ante quienes declare su voluntad, o por escrito o de palabra, con tal que la dicha declaracion sea con palabras dispositivas, y que su voluntad ultima es aquella : y que los testamentos que se hicieren sin guardar esta forma, no valgan, ni con fuerza de testamentos, ni de otra ultima disposicion. Suplicamos à V. M. nos lo mande, etc... »

Il existait, en outre, des incapacités relatives, celles des femmes et des mineurs de quatorze ans, les mineurs de sept à quatorze ans pouvant cependant servir de témoins en cas d'urgence.

Les testateur pouvait manifester sa volonté de bouche (*de palabra*) ou par écrit (*por escrito*). Quand le testament était reçu en présence du notaire et des deux témoins, rédigé par le notaire, lu à haute voix et dûment signé des parties ¹, il était parfait dès l'origine, c'était un acte public (*escritura pública*). Mais quand il n'était reçu que par un prêtre assisté de deux témoins ou seulement par trois témoins, il n'en était pas de même, il fallait, par la formalité de l'*abonamiento*, lui conférer le caractère authentique qui lui manquait. Pour élever ce testament au rang d'écrit public (*para elevar a escritura publica este testamento*), nous dit Castejón ², il fallait donc procéder à sa reconnaissance ou authentification.

Les formalités requises étaient celles prévues par deux lois des Cortés de 1580 et 1642, insérées aux articles 8 et 9 du titre XIII, livre III de la N. R. de Navarre. Cette reconnaissance (*abonamiento*) devait se faire devant l'alcalde, dans l'année suivant la mort du testateur; avis en était donné à la population par voie d'affichage dans l'église du lieu de l'attestation, ainsi qu'à la maison commune; le curé et les témoins étaient appelés à venir déposer en présence des héritiers *ab intestat*. Lorsqu'une opposition, nous dit Alonso, était faite au testament ou aux reconnaissances, la justice devait s'en saisir et décider s'il y avait ou non lieu à certification. Celle-ci aboutissait normalement à l'admission du testament dans le protocole du notaire (*protocolizacion del testamento*) sans préjudice des droits des tiers.

Les témoins devaient affirmer :

1° que le testateur avait bien eu dessein d'exprimer ses dernières volontés;

2° que le nombre des témoins était bien celui requis par la loi; que ceux-ci réunissaient toutes les conditions requises pour figurer comme tels aux actes testamentaires;

1. Testateur et témoins signent s'ils le peuvent. Cette formalité n'est pas obligatoire.

2. *Op. cit.*, t. II, p. 71.

3° qu'ils avaient recueilli, ensemble, de la bouche du testateur, l'expression de ses volontés dernières; que le testateur les avait clairement exprimées; qu'il les avait lues ou qu'il avait donné à lire quelque note ou écrit les contenant.

Les textes ne précisait pas quelles étaient les personnes qui pouvaient prendre l'initiative de cette procédure, mais il est évident que celle-ci appartenait à tous les intéressés: prêtre, témoins, héritiers, ainsi qu'à toute personne ayant connaissance de l'existence du testament. Jusqu'à l'accomplissement de ces formalités, le testament nuncupatif passé en l'une des deux formes supplétives que nous avons indiquées n'existait qu'à l'état d'écrit simple (*carta ó escritura*), il pouvait même n'être que purement verbal. En lui-même, il ne faisait pas preuve certaine. Alonso déplorait cet état d'incertitude, et avec lui Morales, qui, pour sa part¹, ne voyait aucune objection à ce que l'on refondît sur ce point l'ancienne législation. « C'est avec plaisir, écrivait-il, que nous verrons porter à trois le nombre des témoins requis au testament ouvert, et que nous accueillerons les modifications prévues à l'art. 565 (du projet de Code civil général), parce qu'elles sont de nature à accroître la sécurité dont l'acte le plus important de la vie (*el acto mas trascendental de la vida*) doit être entouré. »

Morales aurait bien voulu que les prêtres fussent autorisés, comme autrefois, à recevoir les testaments avec l'assistance de trois témoins. Mais, lors de la discussion du Code, on fit observer que les notaires étaient devenus suffisamment nombreux, en Navarre comme ailleurs, pour rendre tout à fait exceptionnelle l'hypothèse où l'on ne pourrait en découvrir un, et que les ecclésiastiques ne pouvaient décemment continuer à recevoir les testaments. Il fut donc recommandé d'adopter sur ce point les dispositions du projet de Code civil général prévoyant que le testament serait normalement reçu par un notaire assisté de trois témoins, mais que les personnes en danger de mort pourraient ne tester que devant trois témoins *domiciliados en el lugar del otorgamiento*. Mais, dans cette hypothèse, l'acte de dernière volonté deviendrait caduc une

1. Op. cit., p. 71.

fois la maladie ou le péril passé : il faudrait le refaire en la forme ordinaire.

Nous trouvons en Biscaye des dispositions très analogues. C'est le notaire qui, normalement, est chargé de recueillir les dernières volontés. Mais on lit dans les *Privilegios del Señorío de Vizcaya* (t. XXI, loi 4), que le testament oral des habitants des montagnes, appelé testament *ilburuco*, pourra être reçu par trois témoins de bonne renommée, deux hommes et une femme spécialement appelés (*llamados y rogados*). Il est précisé que l'un des trois témoins doit être obligatoirement une femme, particularité qui, pour certains auteurs, ne tendait qu'à faciliter l'obtention du nombre de témoins voulu, et, partant, la confection du testament. D'autres veulent y voir une des manifestations de l'estime particulière dans laquelle les Basques tiennent la femme, et une sorte d'assurance donnée à la publicité du testament, les femmes se montrant d'ordinaire plus bavardes et plus communicatives que les hommes.

Un testament ainsi octroyé devait donner lieu à l'ouverture d'une procédure en reconnaissance analogue à celle que nous avons examinée à propos du testament navarrais, tandis que l'acte de dernière volonté reçu par un notaire était parfait *ab initio* et ne pouvait être détruit par la preuve testimoniale.

Pour en terminer avec les formes du testament écrit particulières aux provinces basques d'Espagne, il ne nous reste plus qu'à rendre compte d'une décision judiciaire intéressante parce qu'elle nous montre quelle lutte pouvait parfois s'élever, quant à la détermination de leur champ d'application, entre une disposition législative forale et le texte d'une loi romaine, le droit romain étant le droit auxiliaire des Navarrais.

Les lois forales de Navarre ne prévoyant aucune formalité particulière relativement au testament des aveugles, certains auteurs, entre autres Alonso, en concluaient qu'il fallait s'en référer sur ce point au droit romain. En conséquence, l'aveugle n'aurait pu tester que sous forme nuncupative; sept témoins spécialement convoqués eussent été nécessaires; à défaut de notaire, un huitième témoin eût dû être appelé, et toutes les conditions spéciales au testament nuncupatif (institution d'héritier, etc.) eussent été également requises lors de la confection du codicille. Ces auteurs ajoutaient que ni les dispositions du

Fuero, ni celles de la *Ley recopilada* ne distinguaient entre les testaments des aveugles et les testaments ordinaires, que par suite il ne pouvait être dérogé aux formalités prévues par le droit romain et destinées à éviter les fraudes susceptibles de se produire à l'occasion de la rédaction de l'acte de dernière volonté d'une personne dans l'impossibilité de contrôler ce qui serait écrit.

Le Tribunal suprême, séant à Madrid, a eu l'occasion de se prononcer dans un sens différent (22 décembre 1867) :

« Considérant que, quoique la loi 1 du titre III, livre I de la Novísima Recopilación de Navarra ait prévu que les procès, dans le silence du Fuero et des lois de cet antique royaume, seraient jugés d'après le droit commun (le droit romain), il n'y a aucune nécessité d'y recourir pour résoudre le présent litige, car des lois particulières audit For, comme la loi 10 du titre XIII, livre III de la N. R., disposent, en termes exprès, et sans aucune équivoque, que les naturels du pays pourront tester devant un notaire, ou un curé et deux témoins, ou, à défaut, en présence de trois témoins;

« Considérant que, quand la loi ne distingue pas, il n'appartient pas aux tribunaux de le faire, et que la sentence attaquée, en reconnaissant la validité du testament d'un aveugle dressé suivant l'un des modes prévus par le For, n'a violé aucune des dispositions légales invoquées par l'auteur du recours, décide qu'il n'y a pas lieu de prononcer la nullité du susdit testament reçu en l'absence des sept témoins requis par l'art. 8, titre XXII, livre VI du Code de Justinien. »

Ajoutons que cette sentence fut l'objet de critiques nombreuses de la part de certains auteurs, auxquels il semblait que le testament d'un aveugle dût exiger plus de garanties que celui d'une personne normale. En outre, cette extension du droit local à toutes les hypothèses, même non prévues par la loi, pouvait limiter à l'extrême le recours au droit « commun », entendons par là le droit supplétif romain.

Les formes de tester, au pays basque français, étaient assez analogues à celles admises dans les provinces espagnoles. A Bayonne, le testament est normalement dressé par un notaire en présence de deux témoins. « Testament fait devant un notaire public, par lui rédigé en écrit et signé en présence

de deux témoins, est bon et valable, soit par manière de testament solennel ou nuncupatif. » (Bayonne, tit. XI, art. 2.) Il en est de même en Labourd : « Testament, codicille ou acte de dernière volonté fait en présence de quatre témoins ou d'un notaire et deux témoins, est bon et valable... » (Lab., tit. XI, art. 5.) Disposition analogue en Soule (tit. XXVI, art. 5) : « Testament, codicille ou autre dernière volonté fait en présence de deux témoins et d'un notaire, et pareillement en présence du recteur ou vicaire du lieu et de deux témoins, est valable. Si c'est le recteur qui l'a reçu, celui-ci doit le déposer entre les mains d'un notaire dans les cinq jours du décès. » Cette obligation était analogue à celle qui incombait aux jurats en Béarn, lesquels ne pouvaient retenir un testament qu'à la charge de remettre l'acte à un notaire, dans le mois suivant le décès.

Primitivement, en Béarn comme ailleurs, les testaments n'exigeaient aucune forme particulière : on s'adressait à des lettrés, notaires, prêtres, jurats. Ils rédigeaient le testament sous la dictée du testateur, mais n'avaient aucun monopole : toute personne sachant lire et écrire était mise à contribution par ses amis et voisins. On rapporte qu'un homme, voulant manifester ses dernières volontés, demande à son curé de se transporter chez lui. Celui-ci, malade, refuse, mais indique, comme capable de le remplacer, le forgeron du bourg ¹.

En Béarn, à partir de 1660, les notaires seuls furent autorisés à recevoir les testaments et, à défaut d'eux, les jurats. Les jurats, en recevant un testament, font acte de juridiction. Leur compétence est territoriale et ne peut s'étendre hors des limites du Béarn. Aussi Mourot cite-t-il comme extraordinaire un arrêt du 6 juillet 1675 d'après lequel le jurat d'un seigneur médiat avait pu retenir un testament à Igon ; or, ce bourg se trouvant « dans la directe du Roy », ledit jurat aurait dû être déclaré incompétent.

En Basse-Navarre, en Soule et dans le Labourd, les prêtres continuèrent, jusqu'à la Révolution, à recevoir les testa-

1. Le forgeron fut souvent un homme à l'esprit ouvert, dont l'habileté et l'intelligence étaient supérieures à celles des individus de son entourage. Le rôle social de cet artisan fut considérable, au temps où le cheval était roi, lorsque rouliers et chaises de poste s'arrêtaient devant la forge. Des idées s'échangeaient autour de l'enclume. Si le forgeron béarnais se montrait capable de recevoir un testament, son collègue écossais de Gretna-Green, se substituant au pasteur, fut un intrépide marieur.

ments, malgré les plaintes renouvelées des notaires, très nombreux dans l'ancienne France. L'ordonnance de 1735 leur interdisait de le faire, sauf dans les pays où la Coutume le permettait expressément, c'est-à-dire dans toutes les provinces basques. Mais ce n'était pas le cas du Béarn.

Ajoutons que le For réformé de Béarn (art. 2, rub. des Probations) prévoyait deux sortes de testaments écrits : l'un ordinaire, l'autre solennel. « A la faction deu testament, per esta valable, deben entervenir tres testimonis, ótre lo retento (outre le rétenteur, notaire ou jurat) si no es testament solemne, auquoan caas y deu habe sept testimonis. » Mais, pratiquement, il n'y avait guère de différence entre ces testaments, quant à leurs effets.

c) *Testaments mystiques*

Le testament mystique ou fermé (*cerrado*) était régi en Navarre exclusivement par le droit romain. Il n'exigeait pas la présence d'un notaire qui, à la rigueur, pouvait être remplacé par le curé, tout aussi capable de dresser l'acte de suscription. En réalité, il suffisait, conformément au droit romain, que le testateur présentât son testament plié, clos et cacheté, à sept témoins sachant écrire, ou tout au moins signer, car tous devaient signer le procès-verbal de suscription, et il ne pouvait y être suppléé, la loi ne le prévoyant pas, au cas où l'un d'eux n'aurait pu ou su le faire. L'enveloppe devait donc être revêtue de huit signatures, y compris celle du testateur¹, mais non compris celle du notaire lorsqu'il intervenait. On s'était demandé si un notaire, qu'un testament mystique instituait héritier, pouvait concourir audit testament. La solution devait dépendre, d'après le jurisconsulte Gutierrez², du point de savoir si le notaire avait eu ou non connaissance du contenu du testament³. L'acte de suscription une

1. Si le testateur ne savait signer, un témoin supplémentaire devait être appelé.

2. Juriste et homme politique cubain né en 1891. Auteur de nombreux travaux de législation comparée. Correspondant de l'Université de Paris et membre de l'Association de droit pénal international.

3. La chambre des requêtes de notre Cour de Cassation a admis, dans un arrêt du 4 juin 1883 (D. P., 1884, I 51), qu'un notaire pourrait dresser l'acte de suscription d'un testament qu'il aurait lui-même écrit, alors même que le testament contiendrait un legs en sa faveur.

fois dressé, l'auteur du testament pouvait le garder chez lui ou le confier au notaire ou à quelqu'un d'autre. L'ouverture du testament devait se faire en présence du notaire et de l'alcalde ou de son représentant; en cas de contestation, il pouvait y avoir lieu à la reconnaissance de l'acte de suscription de la part des témoins survivants.

Ces testaments étaient rares. Comme les textes navarraïes n'en parlaient pas, et que la loi 10 du titre XIII, livre III de la N. R., qui réglemente les testaments nuncupatifs, disposait même que les actes de dernière volonté qui seraient faits dans une forme différente de celle qu'elle prévoyait, seraient sans valeur, Alonso s'était demandé si cette disposition valait prohibition du testament mystique. Pour lui, il ne pouvait y avoir sur ce point aucun doute. La susdite loi n'a eu pour objet que de compléter les dispositions du chapitre II du livre III du Fuero, qui commence par ces mots : « Si infanzon fuere enfermo (si un gentilhomme est malade) », et ne vise que les actes de dernière volonté, qui, en vertu des dispositions du For, se faisaient alors sans notaire, à l'exclusion des actes de disposition pour cause de mort prévus par le droit supplétif romain.

Conclusion : les anciennes lois navarraïes n'excluaient point les testaments mystiques. Telle est du moins l'opinion d'Alonso rapportée par Castejón (*op. cit.*, t. II, p. 73). Cette constatation peut nous suffire, si nous admettons que ce qui n'est pas expressément défendu doit être permis; l'extrême rareté du testament mystique dans les provinces basques, signalée par Gutierrez et Sanchez Roman ¹, ne provenait pas d'un ostracisme législatif, mais bien, plutôt, de la difficulté qu'il y avait de réunir un aussi grand nombre de témoins sachant signer.

Sur le versant français, on admettait, dans tout le ressort du Parlement de Navarre, les testaments mystiques et les testaments solennels, mais on s'en servait très peu.

1. Jurisconsulte et homme politique espagnol, né le 12 mars 1893. Auteur d'un traité de droit civil espagnol en plusieurs volumes. Fut ministre de l'Instruction publique.

D) *Testaments olographes*

Bien qu'il fût prévu par le *Fuero Juzgo* et que les lois castillanes s'appliquassent en Navarre espagnole à titre de droit supplétif de second degré, le testament olographe y était fort peu pratiqué. Nous pensons que ce fait était dû, en partie, à la facilité avec laquelle la pratique admettait la protocolisation des « mémoires testamentaires » (v. *infra*), qui valaient, dès lors, à l'égal d'un testament.

Il fut toujours admis dans le ressort de notre Parlement de Navarre, et l'art. 22, rubrique XXVII des Fors et Coutumes de Navarre, en prévoit expressément l'emploi. « Le testament écrit et signé du nom du testateur est bon et valable, quand bien même il n'y aurait aucun témoin. » On remarquera l'absence de toute condition relative à la date. L'art. 126 de l'ordonnance de 1629 exigeait également que ces testaments fussent écrits et signés de la main du *de cujus*. Les actes du Parlement nous révèlent que c'est en vertu de cet article que fut cassé, le 4 novembre 1665, le testament du sieur Vivier, de Sauveterre.

Le testament olographe semble avoir été d'un usage assez courant à Bayonne, ville où l'instruction était fort répandue.

« Testament écrit de la main du testateur, posé qu'il n'y ait aucun témoin, est bon et valable », dit l'art. 4, titre XI de la Coutume réformée. « Toutefois, poursuit l'art. 5, du consentement des habitants de ladite ville, dorénavant, au dos, y aura deux témoins signez ou un notaire, lesquels, après le décès du testateur, reconnoîtront leurs seings devant le maire ou son lieutenant. » Cette disposition, qui tendait à faire du testament olographe une sorte de testament mystique, est fort curieuse, et provient évidemment de ce que l'on considérait la forme olographe comme dépourvue de garanties suffisantes. Celles-ci devaient s'accroître quand d'Aguesseau exigea que le testament olographe fût aussi daté de la main du testateur.

SECTION III

TESTAMENTS PRIVILÉGIÉS

Nous examinerons successivement sous cette rubrique les testaments *inter liberos*, les testaments militaires et ceux faits en temps d'épidémies.

A) *Testaments « inter liberos »*

Ils n'étaient pas inconnus dans les provinces basques d'Espagne où le droit romain s'appliquait à titre supplétif. Il suffisait que le testateur écrivît lui-même, de sa propre main, le nom de ses descendants. La date n'était pas requise et point n'était besoin de témoins. Mais, conformément à la Nouvelle 107 de Justinien, il fallait, pour qu'il y eût testament *inter liberos*, que les enfants fussent directement institués. Le fait d'instituer légataire universel une autre personne de la famille ou un étranger, à charge de transmettre l'héritage aux enfants, privait le testament de son caractère privilégié. Sa validité devenait alors subordonnée à l'observation des formes ordinaires.

Nous ne désirons pas, dit la loi 21, titre XXIII, livre VI du Code de Justinien, que la volonté du défunt soit respectée quand elle s'est exprimée d'une façon imparfaite, à moins qu'il ne s'agisse d'un testament *inter liberos*. Si donc un étranger se trouve mêlé aux descendants dans un testament irrégulier, seules tomberont les dispositions faites en faveur de cet étranger; ce qui lui aura été donné accroîtra la part des enfants.

Cependant, le testament *inter liberos* demeure sans effet si le père en présence de sept témoins en décide ainsi et manifeste une volonté autre, soit dans un testament parfait, soit dans quelque autre disposition régulière de dernière volonté, même non écrite.

Au pays basque français et en Béarn, aucune forme n'était exigée à l'égard du testament *inter liberos*. Il suffisait qu'il fût signé par le testateur. (Réponse du Parlement de Navarre à la

9^e question sur les testaments.) Mourot se demande si ce privilège doit être étendu au testament par lequel le *de cujus* partage ses biens, non entre ses descendants, mais entre ses ascendants. Un arrêt du 13 juin 1705 annula un semblable testament, qui avait été écrit par un tiers et signé seulement du *de cujus*. Il est vrai, ajoute Mourot, que ledit testament avait été qualifié par son auteur d'olographe, alors qu'il ne l'était pas en réalité. Il fut donc cassé pour vice de forme. Mais, d'après ce commentateur, le Parlement de Navarre ne semblait pas admettre qu'un privilège réservé au testament *inter liberos* puisse être étendu au testament *inter parentes*. Ce qui se conçoit fort bien, car l'absence de formes constitue au XVIII^e siècle un véritable privilège. Or, les privilèges ne doivent pas être étendus à des cas non prévus. D'autant plus qu'il est contraire à la Coutume de faire passer une succession à des ascendants. Il n'y avait donc pas de raison pour qu'un tel testament fût dispensé des formes prescrites.

B) *Testaments militaires*

Il est de coutume générale d'accorder des facilités aux militaires qui désirent tester aux armées ou à l'intérieur d'une ville assiégée, ainsi qu'aux habitants d'une cité que ravage une épidémie.

Nos Coutumes ne nous offrent à ce point de vue aucune disposition originale.

Le For général de Navarre, nous dit Alonso, n'a pas gardé le même complet silence que les lois postérieures; il s'est borné à dispenser tous les militaires des formalités prescrites pour l'établissement des testaments, en étendant le bénéfice de cette exemption à tous ceux qui, étant en péril de mort, ne peuvent trouver les témoins nécessaires. Il suffit, dans ces hypothèses, que la volonté du testateur soit recueillie par un ecclésiastique de bonne renommée, sans l'assistance d'aucun témoin. En vérité, ce privilège reconnu par le For ne bénéficiant pas seulement aux militaires, mais à toute personne en danger de mort, n'excluait point l'application des dispositions du droit romain réglementant le testament purement militaire.

Une cédule royale, en date du 24 octobre 1778, vint même décider que toutes les personnes *del fuero de guerra*¹ pourraient, en vertu de leurs privilèges, tester au moyen d'un simple écrit signé de leur main, ou oralement devant deux témoins, ou encore par devant notaire, avec les clauses habituelles et la possibilité d'user des facilités offertes par les lois militaires, civiles ou municipales. La possibilité de tester en la forme militaire était ouverte *en fait* à tous les militaires, en paix comme en guerre.

Le Code civil de 1889 devait modifier cet état de choses. Le testament militaire ne fut plus admis qu'en temps de guerre; sous cette réserve, les personnes à la suite des armées pouvaient encore en user.

Si aucun engagement n'est imminent, le testament « ouvert » peut se faire devant deux témoins et l'une des personnes suivantes faisant office de notaire: un capitaine ou un officier supérieur, ou l'aumônier du régiment, ou, à défaut, le gradé commandant le détachement.

S'il y a péril de guerre immédiat, le testament peut être recueilli oralement par deux témoins qui déposeront ensuite devant un fonctionnaire de la justice militaire. Celui-ci se chargera de le faire parvenir au juge du dernier domicile du défunt. Ce testament devient caduc si le testateur se tire indemne de l'action en prévision de laquelle il avait testé (art. 721).

c) Testaments en temps d'épidémies

L'hypothèse n'est pas prévue par toutes les Coutumes. Il semble que ce soit la Coutume de Bayonne qui se montre la plus libérale. « Testament fait en temps de peste devant deux témoins, mâles ou femelles, de bonne vie et de bonne conversation (*sic*), a valeur et efficace, soit le testament par écrit ou sans écrit, et, s'il est rédigé par écrit, celui qui l'a écrit est compté pour un témoin. » (Bayonne, tit. XI, art. 3.)

Disposition analogue dans la Coutume de Labourd, tit. XI,

1. Personnes soumises au droit de la guerre. Cette expression paraît englober, outre les militaires, les personnes à la suite des armées, et les civils vivant dans la zone des armées.

art. 5) : « Testament ou codicille, fait en temps de mortalité, en présence de deux témoins seulement, gens de bonne foi et non suspects, sans autre solennité, est bon et valable. »

La Coutume de Soule ne parle pas expressément des épidémies, mais on peut admettre qu'elles constituent un des cas d'extrême nécessité que prévoit la Coutume. « Testament, codicille ou autre dernière volonté fait en présence de deux témoins et d'un notaire et pareillement en présence du recteur ou vicaire du lieu et de deux témoins est valable, et ledit recteur ou vicaire est tenu de remettre le testament entre les mains d'un notaire dans les neuf jours suivant le décès du testateur, *et en cas d'extrême nécessité* où on ne peut trouver un notaire, recteur ou vicaire, un testament fait devant deux témoins dignes de foi est bon et valable, pourvu que lesdits témoins fassent mettre en écrit et par main de notaire, la volonté du testateur dans les trois jours suivant le décès dudit, et que lesdits témoins affirment devant notaire quelle est la volonté du disposant. » Sans doute, dans cet heureux pays, n'y eut-il que de rares épidémies : c'est la raison pour laquelle les foristes souletins n'en parlent pas expressément. (S., XXIV, 5.)

Par contre, les Fors de Navarre s'en occupent (rub. XXVII, art. 21) et réduisent à trois le nombre des témoins nécessaires.

D) *Qualités requises des témoins*

En ce qui concerne les qualités qui étaient exigées des témoins en matière testamentaire, on se référait au droit romain, et plus spécialement aux dispositions contenues au titre XXIII, livre II des *Institutes*.

Art. 6: Ne peuvent être témoins les femmes, les impubères, les fous, les esclaves, les muets, les prodigues interdits et tous ceux que la loi déclare incapables et indignes de tester.

Art. 8 : Le père de famille et celui qui se trouve en sa puissance, de même que deux frères, germains ou consanguins (nés d'un même père) peuvent figurer ensemble comme témoins à un testament, donc rien n'empêche de choisir plusieurs témoins dans une même maison, pour un acte étranger à celle-ci.

Art. 9 : Par contre, quiconque se trouve placé sous l'auto-

rité du testateur ne peut figurer parmi les témoins, et si un fils de famille, son service militaire terminé, veut disposer par testament de son pécule *castrense*, son père ni aucun de ceux qui sont en sa puissance ne peuvent être témoins : la loi repousse donc en cette matière le testament domestique.

Ces dispositions n'étaient pas complètes, mais s'appliquaient néanmoins en Navarre, conformément à l'interprétation des jurisconsultes estimant que si les témoins ne savaient tous signer, il fallait alors tester en la forme nuncupative, le droit romain ne prévoyant pas qu'un témoin pût signer pour un autre, ce qui eût entraîné la nullité du testament (Gregorio Lopez). Par contre, si un témoin sachant signer s'en trouvait empêché par quelque indisposition ou pour cause de sénilité, il était possible de lui tenir la main, à condition qu'il eût sa parfaite connaissance (*su cabal entendimiento*, disaient les Navarrais) et qu'il ait lui-même sollicité cette aide, en présence des autres témoins.

SECTION IV

LES ADMINICULES TESTAMENTAIRES

Nous groupons sous cette section l'examen de quelques formes auxiliaires de disposer à cause de mort, le mot *adminicule* devant être pris dans son sens ordinaire d'auxiliaire ou de complément.

A) *Les Livres de raison*

Ils étaient, sous l'Ancien Régime, assez répandus dans les familles, surtout en Béarn ; c'est d'ailleurs le motif pour lequel les Fors en parlent en termes exprès. Il s'agit de registres domestiques sur lesquels le chef de famille transcrivait les recettes et les dépenses de sa maison, ses souvenirs personnels et généralement tout ce qu'il jugeait susceptible d'intéresser la famille. Le For de Morlaàs (art. 239) les traitait avec une faveur particulière. « Il fut jugé que si un homme gravement malade ordonne de vive voix en présence de témoins

qu'il ne soit pas contesté sur ce que l'on trouvera dans ses livres, on doit l'accorder; et cette déclaration vaut comme s'il traitait de ses affaires expressément devant témoins: et c'est un testament. » Le For réformé (art. 11, rub. des Successions) reproduit cette disposition, mais se montre beaucoup plus défiant à l'égard de la foi qu'il convient d'attacher aux livres de raison, car il ajoute : « Si le malade dit devant témoins que le contenu de son livre de raison non annullé est véritable, ledit livre a autant d'efficacité que s'il était dit en un testament, en ce qui est à son préjudice. »

Le crédit que l'on accordait aux dispositions figurant au livre de raison était donc analogue à celui que l'on attache de nos jours aux mentions portées sur les livres de commerce ou sur les registres et papiers domestiques.

B) *Les Mémoires ou Notes testamentaires*

Le droit navarrais ne les mentionnait point. Mais la pratique, nous dit Castejón, en avait peu à peu introduit l'usage. Ces mémoires consistaient en un écrit quelconque renfermant le nom de l'héritier institué avec l'indication qu'il avait été fait un testament. Mais il était nécessaire que le testament fît également mention du mémoire, sans quoi ce dernier n'eût pas été valable, ainsi que le soulignait un arrêt d'ailleurs assez récent puisqu'il ne remontait qu'à 1854.

Ces mémoires ou cédules testamentaires n'ont cours en Navarre, nous dit Alonso, que si le testateur s'est expressément réservé la faculté d'y recourir, affirmant en outre sa volonté de les voir considérer comme faisant partie intégrante de son testament. Ces papiers ne tirent donc leur valeur que du testament lui-même, car il n'est que trop évident qu'étant donné leur forme, ils peuvent donner lieu à toute sorte de fraudes ou de contrefaçons. Par exemple, le testateur dira: Il existe aux mains de mon confesseur (ou d'une personne quelconque) une cédule testamentaire signée de moi et dont le contenu fait partie de mes dispositions de dernière volonté.

Telle est cette institution, qui ne semble pas d'ailleurs avoir été particulière au droit navarrais, car des dispositions de la loi espagnole sur la procédure (*ley de enjuiciamiento civil*)

lui ont été consacrées. Elles réglementent en particulier l'ouverture et la remise du mémoire par les soins du juge (article 1.972), sa vérification (art. 1.973) et son insertion au « protocole » du notaire (art. 1.974).

Ajoutons qu'il n'était pas possible d'inclure dans ces mémoires des dispositions importantes, telles qu'institutions d'héritiers, substitutions, exhérédations, qui demeuraient du domaine exclusif des testaments ou des codicilles.

c) *Le Codicille*

On donne le nom de codicille à un petit écrit (*codicillus*) qui, à l'origine tout au moins, devait se rattacher à un testament et ne contenir ni institution, ni substitution, ni exhérédation, mais seulement des fidéicommiss.

Il semble, d'après les romanistes, que l'inventeur du codicille ait été Lucius Lentulus, qui, sur le point de mourir en Afrique, institua héritiers sa fille et Auguste (fidéicommiss). Cette institution était d'un usage général au temps de Gaïus.

Nos Coutumes ne s'en occupaient pas et l'on se référait au droit romain, dont les principales dispositions sont les suivantes :

Lois 1, 2 et 3 du titre I du livre III des *Institutes* :

« Peuvent faire des codicilles et instituer des fidéicommiss par voie de codicille, non seulement ceux qui laissent un testament, mais encore ceux qui sont sur le point de mourir. Les codicilles qui auraient été rédigés avant un testament, dit Papinien, ne sont pas valables s'ils n'ont été confirmés depuis expressément. Les empereurs Septime Sévère et Antonin admirent la possibilité de réclamer le bénéfice de fidéicommiss résultant de codicilles antérieurs au testament, s'il apparaissait que l'auteur dudit acte n'avait pas entendu revenir sur sa volonté exprimée au codicille.

« Il n'est pas possible d'instituer un héritier universel par voie de codicille, car cela serait confondre le droit du testament et celui du codicille. *A fortiori*, il n'est pas possible d'exhérer par codicille. Cependant, s'il est impossible de disposer directement de la totalité de sa succession par codi-

cille, il est permis de le faire par fidéicommiss. Le codicille ne peut davantage servir à assortir une institution d'héritier d'une condition suspensive ou résolutoire ou à établir directement une substitution.

« Il est possible de faire plusieurs codicilles. Ces actes n'exigent aucune solennité. »

Lois 1, 3 et 4 du tit. XXXIV, liv. VI du Code de Justinien :

« 1° La naissance d'un enfant posthume anéantit le testament, de même que les codicilles qui l'accompagnent.

« 3° S'il a été fait successivement deux codicilles contenant des dispositions contraires, il n'est pas douteux que le contenu du premier d'entre eux se trouve détruit par les dispositions incluses dans le second.

« 4° Si les codicilles ont été faits en l'absence de l'héritier, leurs bénéficiaires ne pourront prétendre à autre chose que ce qui leur aura été légué. »

On admet, dans le ressort du Parlement de Navarre, le codicille fait sans testament, pourvu que son auteur ait la capacité de tester. Celui qui se contente de faire un codicille est même bien vu au XVIII^e siècle, car ce codicille ne contenant que des legs ou des fidéicommiss, l'hérédité proprement dite est laissée aux héritiers naturels. (Réponse du Parlement à la huitième question sur les testaments.) Par contre, un fidéicommiss verbal ajouté au testament écrit n'a aucune valeur, selon la jurisprudence du même Parlement.

Un testament, nul comme tel, ne vaut comme codicille que si son auteur l'a expressément prévu : c'est la clause codicillaire. Très fréquente au Moyen Age, elle tend à se fondre avec le testament à Bayonne et dans les provinces basques. (P. VIOLLET, *op. cit.*, p. 777.)

Etait-il possible de modifier par voie de codicille partie d'un testament antérieur ? La question avait été soulevée en Haute-Navarre et demeurait obscure ; elle dut être tranchée par voie de décision judiciaire. Par testament, un père laissait à ses fils leur légitime forale plus une part des biens libres, et quelque temps après, par codicille, il privait l'un d'eux de sa part d'acquêts. Le Tribunal suprême admit la validité de

cette disposition dans la sentence suivante, que nous reproduisons *in extenso* parce qu'elle met en relief les sources particulières du droit navarrais antérieurement à l'apparition du Code civil.

« En la ville et Cour de Madrid, le 26 novembre 1866, sur le recours formé contre un arrêt de la Première Chambre de la Cour d'Appel de Pampelune par Don Galo, D. Canuto, et D. Longinos Librada y Alduán, plaidant contre leur frère Don Donato et tendant à le faire exclure de la succession de leur mère, exception faite toutefois des legs que celle-ci a pu lui faire;

« Attendu que le 15 septembre 1854, dame Teresa Alduán a fait un testament nuncupatif devant le notaire Pascal Maria de Campos et deux témoins expressément appelés (*llamados y rogados*), testament dans lequel, après avoir réglé les modalités de ses funérailles et fait quelques legs, elle déclare laisser à ses fils Donato, Galo, Canuto et Longinos, ainsi qu'à ses petits-enfants et autres parents, la légitime forale de quelques arpents de terre sur les communaux de Corella, comme immeubles (*por sitios*), et de cinq sous faibles (*sueldos febles*) pour immeubles, les excluant de tous autres biens ou droits auxquels ils pourraient prétendre, distribuant le reste de ses biens par parts égales entre ses quatre fils, ceux-ci devant rapporter (*traer à colocacion*) ce qu'ils auraient reçu et faire célébrer annuellement deux messes anniversaires pour le repos de l'âme de leurs parents;

« Attendu que la même dame Teresa, devant le même notaire et deux témoins, a fait le 21 septembre 1857 un codicille révoquant les clauses, 8, 9 et 11 du testament antérieur, a fait différents legs, a stipulé à l'art. 4 qu'elle déshéritait et privait de sa part son fils Donato, mais qu'elle lui laissait, à titre de legs particulier et pour qu'il ne pût attaquer cette disposition, une oliveraie au lieu dit Ruperez, une *yugada*¹ de vigne sur la colline de la Puchera, et encore une demi-ouvrée de vigne sur la route de Tudèle, afin qu'il possède ces biens sa vie durant et les transmette à sa mort à ses enfants; et stipulé à l'art. 7 que sa volonté était que ses fils Don Galo, Don Longinos et Don Canuto,

1. Ouvrée, espace de terre qu'un homme peut labourer en un jour avec une paire de bœufs (vient du mot *yugo*, joug). Il devait donc s'agir d'un hectare environ. Fernandez Cuesta et l'encyclopédie espagnole signalent que, dans quelques provinces d'Espagne, en Galice notamment, ce terme sert à désigner une superficie beaucoup plus considérable équivalant à environ 32 hectares. Il va sans dire que ce mot doit être pris ici dans son acception la plus restreinte.

ses seuls héritiers, complètent les sommes destinées à fournir des aliments et une dot à sa petite-fille Léonie jusqu'à son établissement, ajoutant qu'elle entendait que ce codicille fût considéré comme faisant partie intégrante de son testament, lequel conservait par ailleurs force et vigueur;

« Attendu que, le 21 janvier 1863, devant José Perula, notaire, et deux témoins expressément appelés, Teresa Alduán a fait un nouveau codicille dans lequel, tout en reconnaissant les testament et codicille antérieurs, elle laissait à titre de legs particulier à son fils Donato, une maison située dans les faubourgs de la ville de Corella, révoquant la disposition du codicille du 21 septembre 1857 ayant trait à l'ouvrée de vigne la « Puchera » qui avait été léguée audit Donato, ajoutant qu'elle désirait que ce second codicille fît partie intégrante des précédentes dispositions testamentaires dans la mesure où le reste de son contenu n'était pas en contradiction avec celui des actes précédents;

« Attendu que la testatrice étant décédée le 2 avril 1863, son fils Donato a demandé que la connaissance du testament fût déferée à la justice, les dispositions nouvelles paraissant entachées de captation; qu'à l'occasion de cette instance les sieurs Galo, Canuto et Longinos Librada suscitèrent un incident, demandant à ce qu'il fût sursis au jugement, leur frère Donato n'ayant pas les qualités requises pour être partie légitime au procès; que, par jugement en date du 12 octobre 1863 confirmé par un arrêt du 25 mai 1864, le sursis demandé fut rejeté, le juge ordonnant que l'affaire suivrait son cours légal, motif pris de ce que le testament maternel instituant héritier ledit Donato, celui-ci était bien partie légitime au procès;

« Attendu que les sieurs Galo, Canuto y Longinos firent, le 24 février 1865, une nouvelle demande en justice, tendant à priver leur frère Donato de sa qualité d'héritier, en exécution de l'art. 4 du codicille de 1857, sans autre droit que celui de recevoir les legs que ledit codicille et celui postérieur du 21 janvier 1863 lui attribuaient. Les demandeurs se fondaient sur le respect dû aux dispositions de dernière volonté, sur la faculté que les parents ont en Navarre de déshériter leurs enfants en ne leur laissant que la légitime du Fuero, enfin sur ce fait que les codicilles requérant en Navarre les mêmes formes que les testaments, ces moyens servaient indifféremment de véhicules aux dispositions de dernière volonté;

« Attendu que Donato Librada demande son renvoi des fins

de la demande et la condamnation de ses adversaires aux dépens. L'art. 4 du codicille du 21 septembre 1857 doit être considéré comme nul et de nul effet dans celle de ses dispositions qui le prive de sa part d'héritage, car, la loi navarraise étant muette sur la nature juridique du codicille et les formalités qu'il requiert, il faut recourir au droit romain supplétif. En droit romain, le codicille ne peut être l'instrument d'une exhérédation; celle qui frappe le défendeur est donc nulle. En admettant même qu'il soit possible d'exhérer par codicille, l'exhérédation dont il est l'objet n'est pas valable parce qu'elle s'étend à la légitime du Fuero dont on ne peut priver les enfants sans motif déterminé et grave;

« Attendu que les demandeurs répliquent que bien qu'ils ne soient pas exprimés, il existe à l'encontre de D. Donato de justes motifs d'exhérédation dont ils offrent de prouver l'existence, qu'il y a donc lieu de confirmer purement et simplement la sentence du Tribunal de Tudèle du 7 octobre 1865 déjà confirmée par la Première Chambre de la Cour royale de Pampe-lune dans son arrêt du 8 mars 1866 déclarant D. Donato Librada y Alduán privé, par l'art. 4 du codicille du 21 septembre 1857, de la qualité d'héritier que lui concédait l'art. 12 du testament du 15 septembre 1854 ;

« Et attendu qu'un pourvoi en cassation a été formé contre ces sentences, motif pris de la violation :

« De la loi 1, tit. III, liv. I de la N. R. de Navarre et de l'arrêt de la Cour suprême du 19 juin 1865 ;

« De la loi 2, tit. XXXV, liv. VI du Code de Justinien transcrite au liv. XI, tit. XXV, al. 2 des *Institutes* ;

« De la loi 6, tit. VII, liv. XXIX du *Digeste* ;

« Des chap. VIII, tit. IV, liv. II ; 1, tit. VI, liv. II, et 1, tit. XX, liv. III du Fuero général ; de la loi 16, tit. XIII, liv. III de la *Novísima Recopilación* ;

« Enfin, du principe d'après lequel personne ne peut mourir en laissant deux testaments.

« Le Ministère public entendu.

« Attendu que, lors de la confection de son testament, dame Teresa a fait deux institutions : la première portant sur la légitime forale en faveur de ses quatre enfants, petits-enfants et autres ayant droit, et la seconde du reste de ses biens en faveur de ces mêmes enfants, y compris D. Donato ;

« Attendu que le codicille de 1857 a été reçu, de même que celui de 1863, en la même forme que le testament, n'a pas modifié l'attribution de la légitime forale aux quatre fils et que,

s'il est exact qu'il ait déshérité D. Donato, cette exhérédation se limite au disponible, tel que les lois de Navarre le déterminent;

« Attendu que la disposante, en privant D. Donato de sa qualité d'héritier volontaire n'a pas enfreint le principe suivant lequel personne ne peut mourir en laissant deux testaments, parce que les codicilles n'ont modifié que quelques-unes des dispositions du testament;

« Attendu que l'on ne peut relever d'infractions aux dispositions de la loi 1, tit. III, liv. I de la N. R., ni aux lois du Code et du Digeste invoquées, pour cette raison que les codicilles ayant été entourés de formes identiques à celles prévues pour les testament nuncupatifs, il n'est pas possible de faire état des différences prévues par ces lois (*no pueden sostenerse las diferencias que aquellas leyes determinan*);

« Attendu enfin que la disposante ne peut avoir enfreint les dispositions du Fuero General ou de la loi 16, tit. XIII, liv. III de la N. R., car ces lois n'exigent l'indication du motif d'exhérédation que s'il s'agit de la légitime forale;

« Repoussons la défense de D. Donato Librada, que nous condamnons aux dépens. »

On voit par cet arrêt que la place qui était faite au codicille dans le droit navarrais était assez large, alors que le Code civil de l'Espagne contemporaine paraît ignorer cette institution.



CHAPITRE XV

Contenu du testament

SECTION I

BIENS DONT ON POUVAIT DISPOSER PAR TESTAMENT

Avitins et Acquêts

Il existait, sous l'empire de nos Coutumes, certaines restrictions à la liberté de tester qui, pour la plupart, n'étaient que la conséquence de l'exercice du droit d'aînesse. Celui-ci ne s'appliquait pas à tous les biens, mais seulement aux biens de famille que l'on appelait biens *avitins*, *papoaux*, *papoagers* ou de *papoadge*. La Coutume de Paris les désignait simplement sous le nom de propres. Ces expressions sont synonymes : le mot *avitin* étant employé exclusivement dans les Coutumes labourdine, navarraise et béarnaise, les termes *papoagers* et de *papoage* se rencontrent plus spécialement dans la Coutume de Soule.

D'après Bela (*op. cit.*, p. 309), *papoaux* et *avitins* ont bien la même signification. *Avitins* vient de *avus* (grand-père), *papoau*, du grec *papos*, ou peut-être, plus simplement, du gascon *papoun* qui avait le même sens. A Barèges, on les appelait biens de souche, et dans les provinces basques d'Espagne, *bienes troncales* ou de *abolorio*. Ces derniers correspondent à nos *avitins* proprement dits, ce sont des biens qui appartenaient au grand-père et qui adviennent au petit-fils.

Les biens *troncales* sont de souche; ils proviennent de la famille, abstraction faite de toute question de degré.

Ces biens étaient frappés par les Coutumes basques d'une sorte de substitution légale en faveur de l'aîné, ou tout au moins de l'héritier institué, alors qu'au contraire les biens d'acquisition plus récente, que l'on désignait sous le nom d'acquêts, devaient être partagés également entre tous les enfants sans distinction d'âge ni de sexe. Il importait donc, lors de l'ouverture d'une succession, de distinguer exactement les biens de famille des acquêts; c'est cette distinction que nous allons tenter d'établir, en nous basant sur les quelques textes dont nous disposons.



L'avitin est défini par un auteur : *Patrimonium quod in Gallia accepimus a patribus et majoribus nostris*; et Turcaret, dans son traité du retrait lignager, le détermine ainsi : *Res non parita labore, sed relicta a propinquis*. Cette définition est peu exacte, comme nous le verrons plus tard, car si un bien gagné par le travail passe à un héritier, il n'en sera pas moins acquêt sur la tête de ce dernier. Mourot dit que l'avitin est le patrimoine qui nous est transmis par nos pères (*ab avis*), ce qui est un peu trop vague.

Les définitions les plus exactes semblent données par les Coutumes elles-mêmes. Pour la Coutume de Soule : « Les biens de lignage, papoaux et avitins, sont dits et entendus par la Coutume ceux qui proviennent et descendent du grand-père ou de la grand'mère, ou de plus haut degré, qu'ils soient meubles ou immeubles. » (S., XVII, 5.) La Coutume de Labourd s'exprime de la même façon (L., v, 7).

Mais celle de Basse-Navarre fait entendre un son différent. « Seront biens de papoage, avitins et de droit d'aînesse (*primessa*) ceux qui auront été possédés à quelque titre ou moyen que ce soit par trois du même lignage héritiers successivement l'un de l'autre, soit par la ligne descendante, ascendante et collatérale, y compris l'acquéreur et le vendeur. » (Basse-Navarre, XX, 8.)

Enfin, le chapitre III, titre IV, livre II du Fuero de Navarre indique très nettement quels étaient ces avitins dont les parents ne pouvaient disposer sans l'autorisation de leurs descendants ¹.

Ces définitions nous permettent de constater que la qualité d'avitin ou d'acquêt n'est pas inhérente au bien considéré. Elle est passagère et relative à la personne qui le détient. L'acquêt peut devenir avitin ou inversement, selon le titre auquel il est possédé.

Tandis que, dans la Coutume de Paris, les propres se formaient sur la tête du deuxième possesseur (on les appelait propres naissants) et commençaient à faire souche pour devenir propres anciens en arrivant sur la troisième tête, les Coutumes basques françaises et les Fors du Béarn ne faisaient point cette distinction. Il n'y avait pas deux degrés : la possession continue et à titre successifs de trois personnes constituait l'avitinage : jusqu'à cette seconde succession, il n'y avait encore qu'un acquêt. Les biens avitins ou propres de succession s'opposaient aux acquêts, de la même façon qu'aux propres de communauté s'opposaient les conquêts.

D'autre part, les Coutumes labourdine et souletine différaient de celle de Basse-Navarre sur deux points :

La première de ces divergences portait sur les biens susceptibles d'avitinage. En Soule, les meubles pouvaient être avitins aussi bien que les immeubles : la Coutume le dit formellement. En Basse-Navarre, le For ne s'était pas prononcé à ce sujet. Mais nous sommes renseignés par Bordenave-Cassou, qui nous dit ² que l'ancienne jurisprudence considérait les créances et les meubles comme susceptibles d'avitinage, mais que, de son temps, la justice décidait qu'aucun bien mobilier ne pouvait être avitin. De même en Béarn, seuls les propres réels, immeubles et fonds de terre produisant un revenu annuel, avaient la qualité d'avitins, les propres

1. « Mandamos, que nuila cosa non sea abolorio a sobrinos, si ante non muere el padre et la madre, que el abuel, et si despues muere padre o madre de que muer el abuelo, es patrimonio, qual finca vivo non puede ser ninguna donacion, nin vendida, nin padre, nin madre, sin otorgamiento de los fijos si ante non parte con eillos sacando heredad de conquista que hayan dado marido, o mujer el uno con otro en casamiento... »

2. *Mémoire sur les Fors*, p. 929.

réputés réels, rentes foncières et offices, n'étaient pas choses avitines, différence importante avec la Coutume de Paris. Ainsi vint en décider nettement un arrêt de 1759, car auparavant des doutes s'étaient élevés.

On pouvait aussi créer des propres conventionnels. En Béarn, ce n'était pas l'usage¹. En Soule, des propres fictifs étaient parfois établis dans les contrats de mariage; ces acquêts transformés en avitins par la volonté de leur possesseur ne l'étaient qu'en égard à la quotité disponible; ils n'étaient pas, comme les avitins ordinaires, susceptibles d'être enlevés à un acheteur par la voie du retrait lignager. A défaut d'exercice du retrait, le bien avitin devenait acquêt entre les mains de son nouveau propriétaire, ce qui prouve bien que la qualité d'avitin n'était pas permanente ni inhérente au bien, mais essentiellement passagère et relative à son propriétaire.

La seconde différence résidait dans la façon dont se produisait l'avitinage. En Basse-Navarre, il se formait par le passage, par voie de succession, du bien considéré entre les mains de trois personnes du même lignage, y compris l'actuel possesseur. Peu importait que la transmission eût lieu en ligne directe ou en ligne collatérale, ou en plusieurs lignes à la fois, pourvu que les dispositions coutumières fussent respectées, pourvu que chacun des propriétaires successifs fût l'héritier naturel, *proxime successor* du propriétaire précédent. Par exemple, un bien était transmis par un père à son fils aîné, et ensuite par celui-ci à son frère plus jeune; il devenait avitin sur la tête de ce dernier².

Il n'en était pas de même de l'héritage transmis au cadet au préjudice de l'aîné, car une succession ne pouvait former avitinage que si c'était une succession légitime ou coutumière. Une succession testamentaire à laquelle était appelé un héritier autre que celui désigné par la Coutume ne transformait

1. DUPONT, *op. cit.*, p. 22.

2. En Béarn, il n'y avait d'avitins que de biens possédés sans interruption et à titre successif par trois personnes d'un même lignage en ligne directe descendante et en ligne collatérale seulement, et ce, malgré les termes de l'art. 5 du For réformé, rubrique des contrats et retraits. « ...Posseditz per tres de un medixs linage successivament et continuadament, fian per linha des denta, ascendenta o collateralala, compres lo venedo. » Cette rédaction vicieuse n'était due, d'après Mourot, qu'au souvenir de l'époque où les ascendants pouvaient, en Béarn, succéder à leurs descendants.

pas en avitins les acquêts qui en dépendaient, mais au contraire rendait acquêts les avitins. Bien qu'il fût le troisième possesseur de la famille, le cadet, héritier institué, recueillait les biens, non à titre de successeur légitime, mais en vertu d'une disposition de dernière volonté opposée à la Coutume. Cette décision fut consacrée en plusieurs arrêts du Parlement de Navarre des 23 septembre 1734, 14 mars 1738 et 5 février 1773. En Basse-Navarre donc, l'avitinage se formait *dans le canal de la succession légitime*¹, qu'elle fût directe ou collatérale. Bien entendu, si c'est à titre de légitime que le cadet avait reçu des avitins, ceux-ci demeuraient entre ses mains, car les cadets recevaient leur légitime en qualité d'héritiers (v. *infra*, chap. XVIII).

Les Coutumes de Soule et de Labourd étaient plus restrictives. Pour qu'il y ait avitinage, il fallait que la transmission des biens eût lieu en ligne directe descendante seulement. En Soule, des difficultés s'étaient élevées sur ce point. La Coutume de Soule ne disait pas, comme le For de Navarre, que l'avitinage pouvait se former en ligne collatérale, mais elle ne spécifiait pas non plus le contraire. On se demandait donc si la définition de la Coutume devait être interprétée de façon restrictive ou si, au contraire, il n'y avait pas lieu de supposer quelque omission de sa part, et, partant, appliquer aux biens papoaux la définition plus étendue du For de Basse-Navarre. La question s'étant posée devant le Parlement, celui-ci décida, par un arrêt du 28 juin 1718, que les Etats de Soule auraient à délibérer sur cette matière, ainsi que sur quelques autres, et les Etats déclarèrent en 1720 que les biens, pour devenir avitins, devaient avoir été possédés à titre successif par trois personnes descendant de degré en degré : le père, le fils, le petit-fils. Ils ajoutèrent aussi que l'avitinage ne se formerait jamais en ligne collatérale et que, quand même dix frères se succèderaient, le bien ne pourrait pas devenir avitin².

1. L'expression est de Bordenave-Cassou. « Pour conserver l'avitinage, il faut une chaîne qui conduise le bien d'une personne à l'autre par le canal de la succession légitime, jusqu'à ce qu'il soit parvenu au troisième possesseur. Si cette chaîne vient à se rompre avant d'arriver au troisième degré, il n'y a pas avitinage. » (*Mémoire*, p. 927.)

2. BORDENAVE-CASSOU, *ibid.*

Bordenave-Cassou, conseiller au Parlement de Navarre, démissionna le 17 mai 1765 avec trente-quatre de ses collègues, à l'occasion d'un conflit qui opposait

De l'expression « possédés à titre successif » employée par les Etats de Soule, il résultait que les biens, pour être avitins, n'avaient pas besoin d'être compris trois fois dans une succession; il fallait seulement qu'ils aient été successivement possédés par trois parents en ligne directe descendante. Si un père, deuxième possesseur en ligne directe de biens acquis, laisse ces biens à l'aîné ou au cadet, ils doivent être avitins pour le tout, et non pas seulement jusqu'à concurrence de ce que l'aîné ou le cadet auront pu recueillir *ab intestat*.

Mais le jurisconsulte Mourot fit triompher une autre opinion, qui eut les suffrages du Parlement le 23 septembre 1778. Les Etats avaient trop étendu les termes de la Coutume (cependant ils n'en avaient délibéré qu'à l'instigation du Parlement) et les biens ne devaient être avitins que jusqu'à la concurrence de la part *ab intestat* de chacun. Si l'aîné ne reçoit que des avitins, il n'y a rien à dire, pas plus que dans l'hypothèse ou l'avitinage ne s'étend qu'à la part *ab intestat* du cadet. Mais si ce dernier est avantagé, il y a libéralité pour le surplus. Cette solution est identique à celle des arrêts antérieurs de 1734 et 1773, interprétant la Coutume de Basse-Navarre.

On voit, par ces quelques détails, que le contenu des différentes Coutumes basco-béarnaises présentait, sur ce point, des différences assez marquées.



L'avitinage se produit encore sous un grand nombre d'autres hypothèses.

Notamment dans celle où un acte juridique s'analyse en une triple succession, sans entraîner de dérogations à l'ordre successoral établi par la Coutume. La substitution fidéicommissaire produit l'avitinage lorsque le père lègue ses biens à l'aîné de ses enfants, à charge pour lui de les transmettre à l'aîné de ses propres descendants, car cette disposition est

les membres de cette assemblée à M. de Molé, vice-chancelier. Le 13 novembre 1775, les démissionnaires furent réintégrés dans leurs charges grâce aux démarches de la duchesse de Gramont et de Bordenave-Cassou, auquel une couronne civique fut offerte en témoignage de gratitude. Il fut nommé procureur général en 1777 et le demeura jusqu'à la dissolution du Parlement, le 27 septembre 1790. (DELMAS: *Du Parlement de Navarre*, Pau 1898.) V. *infra*, Bibliographie.

conforme aux principes successoraux de nos législations locales. « Il serait absurde, dit Mourot, que, parce que le testateur a ajouté une nouvelle précaution à celle de la loi, il abrogeât la loi elle-même et la renversât pour avoir voulu lui tendre la main. »

Mais si le disposant institue un étranger auquel il substitue l'aîné de ses enfants, il n'y a pas avitinage, car la Coutume exige une triple transmission, non seulement à titre successif, mais aussi continue et non interrompue.

L'avitinage peut aussi se former par subrogation réelle, où l'on voit une chose prendre la nature d'une autre en vertu de la règle: *Subrogatum cepit naturam subrogati*. Par application de cette théorie, lorsqu'un bien est acquis en échange d'un avitin, il devient lui-même avitin. Si sa valeur est supérieure à celle du bien primitif, l'excédent devient également avitin, en vertu de la règle: *Major pars trahit ad se minorem*. Donc, dans un partage, lorsqu'un des cohéritiers reçoit un bien avitin d'une valeur supérieur à la portion à laquelle il a droit, le bien transmis sera propre pour le tout, à charge de récompense, et sauf dans l'hypothèse où le partage intervenant entre l'héritier des avitins (héritier légitime) et celui des acquêts (héritier testamentaire), la survaleur de la chose devrait appartenir à ce dernier, le promoteur de l'échange étant censé ne pas avoir perdu le droit de disposer à son gré de cette plus-value.

L'acquisition faite en remploi de deniers provenant de la vente d'un avitin n'est pas subrogée à ce bien : c'est un acquêt. En décider autrement eût été admettre que le montant de la vente était subrogé à la chose vendue. Il n'en était pas ainsi dans le ressort du Parlement de Navarre, où l'on n'admettait que deux exceptions, d'ailleurs fort rares en pratique: 1° en faveur du mineur dont un propre avait été vendu; 2° en faveur du majeur qui, désireux de remployer le prix de vente d'un propre, déclarait expressément que le bien acquis en remploi prendrait la place du bien précédemment aliéné.

Une terre avitine qui avait été aliénée et qui ensuite reparaît dans le patrimoine familial grâce à l'exercice, par le plus proche héritier, du retrait lignager, conservait-elle sa

qualité d'avitine? Les Coutumes de Soule et du Labourd se taisent sur ce point, mais la Coutume de Navarre, plus développée que les autres, considère le bien comme avitin. « La chose qui sera acquise par retrait lignager sera répétée et tenue pour chose propre et ancienne. » (XXII, 18.) Cette règle s'explique par le caractère juridique du retrait. Le droit du retrayé se trouve résolu rétroactivement et il est censé n'avoir jamais été propriétaire du bien avitin. La même solution était adoptée dans l'hypothèse du retrait conventionnel exercé par le fils du vendeur, ou encore quand un fils reprenait le fonds vendu par son père, pour se dégager d'une action en garantie.

Le droit de retour de l'ascendant donateur a lieu *potius jure reversionis quam jure hereditario*. Donc, si l'enfant gratifié meurt sans postérité, le bien donné reviendra à l'ascendant tel que celui-ci l'avait transmis: avitin ou acquêt.

Était avitin sur la tête du petit-fils, le bien dont la prescription avait commencé pendant la vie de l'aïeul. On était toujours dans les termes mêmes de la Coutume qui exigeait trois possessions continues et non interrompues.

Enfin, les biens devenaient avitins par accession corporelle (maison construite sur un fonds avitin, alluvion) ou par accession incorporelle (consolidation, réunion de l'usufruit et de la nue propriété d'un avitin) ou encore par accroissement.

Mais, là, il faut distinguer. Un grand-père donne à son fils et à son petit-fils conjointement un immeuble et stipule que la part du prédécédé ira au survivant. Le petit-fils meurt le premier: le *de cujus* aura donc abouti à faire remonter les biens d'une succession, contrairement aux Coutumes basques. La part du prédécédé ne pourra donc, dans cette hypothèse, devenir avitine sur la tête du survivant, bien que ce dernier en soit légitime possesseur. Si, au contraire, le petit-fils survit, il prendra comme avitine la part de son père, car elle suit le canal de la succession légitime.

Voici, à peu près, ce que l'on peut dire sur les différentes sources de l'avitinage. Celui-ci n'est pas rompu par la réputation du plus proche héritier, pour peu que l'héritier suivant accepte la succession. En effet, le renonçant est considéré comme n'ayant jamais été héritier; il n'y a donc, entre lui

et le *proxime successor*, aucune solution de continuité, quant à la transmission des biens. D'après Mourot, la solution doit être la même si l'héritier présomptif abandonne volontairement ses droits sur une succession non encore ouverte, « car la renonciation tend, ainsi que la répudiation, à supprimer le degré de la personne qui renonce et qui est considérée comme n'ayant jamais existé ».



Les biens devaient-ils en principe être présumés acquêts ou avitins? En principe, dirons-nous, un bien est acquêt : dans le doute, il faudra le considérer comme tel. Il naît avec cette qualité, alors qu'une chose avitine doit avoir subi un changement ; or, un changement ne se présume pas. Autre raison qui, elle, est d'ordre pratique : les avitins sont frappés d'une sorte de substitution légale, graduelle et perpétuelle, alors que les acquêts sont disponibles. Mieux vaut donc se décider dans le sens de la libre circulation des biens, argument qui prenait du poids au début des temps modernes, quand les idées romaines relatives au régime des biens connurent un regain de faveur.

Cette thèse est séduisante, mais ne nous paraît guère conforme à l'esprit des Coutumes basques. Nous devons nous ranger à celle de Laferrière. D'après cet auteur, la règle que tout bien est présumé acquêt n'est vraie que dans les Coutumes où il faut deux successions pour conférer la qualité de propre. Dans celle où une succession suffit, il est plus raisonnable de présumer l'avitinage, car on peut admettre que le législateur a entendu tout particulièrement favoriser la formation des propres. Mais on ne saurait voir là l'expression d'une règle absolue, et, de même que dans la Coutume de Paris, où il suffit d'une succession pour faire souche, les biens sont présumés acquêts, de même peut-on admettre que dans les Coutumes basques qui exigeaient deux degrés pour la formation de l'avitinage, les biens soient néanmoins présumés avitins.

SECTION II

L'INSTITUTION D'HÉRITIER
ET LE MANDAT D'ÉLIRE

Le père de famille basque français ne peut disposer librement que de ses acquêts. Sans doute, a-t-il la possibilité de « faire un aîné », c'est-à-dire de léguer les biens de famille à l'un quelconque de ses enfants, mais il faut que ce soit un enfant.

En Haute-Navarre, au contraire, et dans le comté d'Ayala (Alava), c'est le principe de la liberté absolue de disposer qui s'est instauré ¹. Les descendants n'ont droit qu'à une légitime qui, comme nous le verrons, est plus nominale qu'effective ². Mais, en fait, le père n'a garde d'user pleinement du pouvoir discrétionnaire qu'il tient de la Coutume. Il n'est fait usage de cette liberté que pour transmettre l'intégrité du patrimoine à celui des enfants qui se montre le plus digne de succéder, les autres ne recevant qu'une faible légitime. Partout, en Navarre, en Biscaye, en Alava, on suit fidèlement la coutume de ne pas diviser les biens, surtout les immeubles, auxquels succède l'héritier.

A cette restriction, d'ordre purement coutumier et pratique, s'en ajoute une autre, qui, elle, est d'ordre jurisprudentiel. Le testament n'est valable que s'il contient une institution d'héritier, hommage rendu à la célèbre maxime : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*. Institution d'héritier qui doit être faite par testament, et non par codicille, considéré comme un mode de disposer moins solennel, certains auteurs soutenant néanmoins qu'une institution d'héritier incluse dans un codicille devrait valoir à titre de fidéicommiss.

En Haute-Navarre, aucun texte ne traite spécialement de l'institution d'héritier, remarque Castejón (*op. cit.*, p. 99) ; mais il n'est pas de loi qui n'y fasse allusion. Tout en ne méconnaissant pas l'importance qu'elle revêt en pratique, les commentateurs navarrais ne la défendent guère, considérant

1. V. *supra*, chap. III.

2. V. *infra*, chap. XVIII.

que les donations universelles *propter nuptias* ou *mortis causa* permettent d'aboutir au même résultat.

Sous l'empire de nos Coutumes, les biens avitins ou vinclés sont donc en principe indisponibles. Ils ne peuvent être vendus que pour parer à des nécessités pressantes, celles qui concernent la vie, la liberté, l'honneur, la subsistance, l'instruction des membres de la famille ou la nécessité de combler les pertes subies par le patrimoine familial. Si le testateur, agissant dans un intérêt supérieur, se trouve dans l'obligation d'en disposer, il ne peut le faire que du consentement de celui qui doit hériter « et si ledit héritier est un enfant du testateur, il doit être préalablement émancipé. » (Soule, XXVI, 4; Labourd, XI, 4). On comprend que si l'héritier doit acquiescer à l'acte qui le dépouille, il n'y consente que dans des cas exceptionnels.

Les Coutumes ne pouvaient se borner à décider que les biens avitins devaient être transmis à l'héritier coutumier, car il convenait d'empêcher certains pères de famille de tourner cette disposition en grevant l'héritage de dettes. Aussi, les textes précisent-ils que les propres seront transmis à l'héritier exempts de dettes, à moins que ces dettes n'aient été contractées pour les besoins de la maison ou pour fournir une dot modérée aux enfants. « Le premier né, garçon ou fille, qui succède dans les biens papoaux, est tenu de payer les dettes contractées par ses père et mère pour marier modérément les fils ou filles ayant égard à la qualité desdits biens; et aussi les autres dettes qu'ils auront contracté par nécessité, mais non autrement. » (Soule, XXVII, 35; Lab., XII, 21.)¹

En Basse-Navarre, en Biscaye, le principe était le même: on ne pouvait instituer sur les avitins un héritier autre que celui désigné par la Coutume². En Béarn, toutefois, la situation était un peu différente. A s'en tenir aux seules dispositions du For de 1552³, on aurait pu conclure que les avitins étaient

1. « et au paiement des susdites dettes, les acquêts doivent être préalablement employés, et à défaut d'iceux seulement, les avitins. » (Soule, XXVII, 36; Labourd, XII, 22.)

2. « Le père, en sa qualité de législateur domestique, peut disposer librement de tous ses biens en faveur de l'un de ses enfants ou petits-enfants à l'exclusion des autres. » (Franchises de Biscaye, 1452.)

3. « Des biens acquis chacun peut disposer à sa guise, et de tous autres qui ne sont pas de primesse. » (Rub. des contrats et retraits, art. 3.)

indisponibles pour la totalité, et cependant les auteurs s'accordent à reconnaître qu'on pouvait léguer à des étrangers la quarte des avitins. Cette quarte semble bien être le fruit d'un raisonnement par analogie qui paraît être le suivant : les biens substitués par la volonté de l'homme, c'est-à-dire par testament ou par convention, ne sont pas indisponibles totalement : le grevé de substitution peut en extraire la quarte trébellianique. Or, les avitins ne sont pas autre chose qu'une masse de biens frappés par la Coutume elle-même d'une substitution perpétuelle : donc, il est possible de leur appliquer une règle admise pour les biens substitués par la volonté de l'homme.

Ce raisonnement en forme de syllogisme était très ingénieux, mais ses conséquences pouvaient être dangereuses. En effet, des biens substitués par la volonté de l'homme, par testament ou convention, on ne pouvait extraire qu'une quarte, en tout et pour tout. Si le premier bénéficiaire de la substitution en a disposé, le second bénéficiaire devra conserver la totalité des trois autres quarts pour les transmettre à son successeur, qui, lui non plus, n'en pourra aucunement disposer à titre gratuit. Au contraire, en reconnaissant à chacun des possesseurs successifs de biens avitins, la possibilité d'en aliéner une quarte par donation ou testament, la masse avitine du patrimoine pouvait, au bout d'un certain temps, se trouver fort réduite. Cet usage, qui, répétons-le, n'existait qu'en Béarn, où le droit romain avait pénétré plus profondément qu'ailleurs, était au surplus formellement contraire à l'art. 7 du F. R., rubrique des Contrats, lequel autorise seulement l'aliénation à titre onéreux de parcelles avitines. Cependant, il était si bien entré dans les mœurs, qu'on ne pouvait espérer le voir disparaître, et la jurisprudence elle-même ne songeait pas à le combattre.

Quant aux acquêts, nous savons déjà qu'on en pouvait disposer librement. « Chacun peut disposer librement et à sa volonté de ses biens acquêts, par testament ou autre dernière volonté, pourvu que s'il y a des enfants, il laisse à chacun d'eux quelque chose desdits acquêts, si peu soit-il, sans que les enfants puissent autre chose demander. » (Soule, xxvi, 3; Labourd, xi, 3.) Disposition analogue dans le For réformé de Béarn. Toutefois, les acquêts qui entraient

dans la composition d'une dot, dépendaient d'une substitution, ou avaient fait l'objet d'une institution contractuelle, étaient indisponibles.



Moins formalistes que la loi romaine, nos Coutumes n'exigeaient pas que l'institution d'héritier figurât en tête du testament (*Caïus heres esto...*). Il suffisait que la volonté du disposant fût nettement exprimée. Mais, à l'exemple des Romains, les Basques, et plus encore les Béarnais, considèrent comme honteux de mourir sans héritier. Aussi, les institutions sont-elles généralement rédigées en termes solennels. « Aucune expression, dit M. Butel ¹, ne semble assez haute pour inspirer aux descendants le respect de la maison, centre et foyer perpétuel de la race. » Ainsi, Jeanne Bogarie d'Aste proclame son fils aîné Guilhem « *senhor et mest, regidor et governador de ladite maison de Bogarie, tans de ladite maison que de sons biens et de sons enfans* »².

Les testateurs n'oublient jamais leurs conjoints. Ils les instituent héritiers quand cela est possible (notamment en l'absence de descendants) ou leur lèguent l'usufruit de tout ou partie de leurs biens. C'est le droit d'emparance (For du Béarn, art. 3 et 4, rub. « Du mari et de la femme »). On s'était demandé si la femme ainsi gratifiée pouvait exiger aussi que sa dot lui fût rendue. On considérait en Béarn que c'était là une simple question de fait et qu'il fallait s'en référer à l'intention expresse ou tacite du défunt.

Fréquemment, les disposants prévoient que leurs héritiers ne s'accorderont pas avec leurs veuves ou leurs enfants puînés, et ils prennent leurs dispositions en conséquence. Jean Pergon, en cas de désaccord entre son fils et sa veuve, lègue à celle-ci le logement dans la maison neuve, et, si elle préfère s'en aller tout à fait, il lui assure annuellement dix quartauts de grain, dix fromages, et le droit aux herbes du jardin.

1. *La Vallée d'Ossau*, p. 201.

2. Arch. départ. des B.-P., série E, n° 1887.



Celui qui, sentant sa mort prochaine, veut gratifier un de ses enfants, n'est pas obligé de le faire de suite en son testament. Il peut en charger un tiers, son conjoint par exemple, s'il survit. Celui-ci ayant la faculté d'instituer, sur les biens du prédécédé, l'héritier qu'il lui plaira, n'en sera que mieux obéi et respecté par ceux entre lesquels son choix pourra s'exercer. C'est l'institution à charge d'élire. L'aîné, de par la Coutume héritier des biens avitins et vinclés, se rendra-t-il digne de recueillir aussi la succession testamentaire des biens libres? C'est ce que le conjoint survivant appréciera.

Son pouvoir, cependant, ne sera pas sans limites. Chargé d'élire l'héritier, il ne pourra de plus grever l'héritage de substitution, car ce serait outrepasser son mandat. L'héritier une fois institué, par voie de donation entre vifs, ses pouvoirs sont épuisés et il ne peut revenir sur sa décision.

Nous avons dit que le mandat d'élire s'exerçait en faveur des enfants. Mais que faut-il entendre par enfants? Faut-il comprendre par là tous les descendants, ou seulement les enfants *stricto sensu*, c'est-à-dire les descendants au premier degré du testateur? L'ordonnance sur les testaments, dans son art. 62, adopte une interprétation restrictive : le mot enfants ne peut s'entendre des petits-enfants, sauf stipulation contraire du *de cujus*. Tel n'était cependant pas le système suivi au Parlement de Navarre antérieurement à l'enregistrement de la dite ordonnance. En réponse à la dix-septième question de d'Aguesseau, le Parlement faisait observer que la réforme projetée présentait des inconvénients. Si un père laissait deux enfants et que l'aîné vînt à mourir en laissant lui-même des descendants tout pleins de déférence envers la mémoire de l'aïeul, il ne serait pas possible à la veuve de les élire, et son choix devrait nécessairement se porter sur le cadet, mauvais sujet peut-être, peu propre à soutenir l'honneur de la maison. C'était une solution évidemment fâcheuse.

La faculté d'élire, connue en Espagne sous le nom de testament par commissaire, était ignorée en Haute-Navarre, nous apprend Castejón (*op. cit.*, p. 84), ce qui peut paraître étrange

dans un pays où régnait la liberté de disposer. On s'était demandé si on pouvait l'admettre. La question ne fait plus difficulté depuis qu'un arrêt du 4 mai 1863 a reconnu au testateur la faculté d'user librement de cette forme de tester.

SECTION III

TESTAMENT CONJOINT

Ce testament, qui constitue une des particularités du droit foral haut-navarrais, est celui que font dans un même acte le mari et la femme, ou même d'autres personnes qui conviennent entre elles de disposer ainsi à cause de mort. Quel que soit le nombre des testateurs, cet acte ne requiert pas plus de témoins qu'il n'en est nécessaire pour le testament d'un seul individu. Les lois qui établissent cette forme de tester sont les suivantes :

Le chapitre IV, titre IV, livre II du *Fuero General* dispose qu'un tel testament ne peut être révoqué par le survivant ¹. La loi 41 des Cortés de 1765 se fait l'interprète de cette disposition et déclare irrévocables les testaments conjoints.

« Les trois Etats de Navarre étant réunis par ordre de Votre Majesté, disons que, sur l'interprétation à donner au chapitre IV du titre IV, livre II du *Fuero General*, qui traite des testaments conjoints et de leur irrévocabilité, il s'élève tous les jours de nouveaux doute, au grand dam du royaume, qu'il convient d'établir que dorénavant un testament fait conjointement ne pourra être révoqué par le survivant après le décès d'un des auteurs, même en ce qui concerne les dispositions portant sur ses biens propres; que cette révocation ne pourra avoir lieu que du consentement commun de tous les testateurs, et en s'entourant des formalités requises pour son établissement, et que tout testament postérieur fait au préjudice des dispositions qui précèdent sera nul et de nul effet.

1. « Et si marido, é mujer facen destin en uno et en cara cerran aqueill destin, si el uno de eillos mories, et el otro non puede desfacer el destin, maguera viviendo ambos, si les semeyare, que bien non sea fecho el destin, bien pueden emendar o mejorar otra vez. Que a todo fidalgo vale el postrimero destin. »

« DÉCRÉTONS : Qu'il soit fait comme le royaume le demande, à savoir que chacun des deux conjoints pourra, du vivant de l'autre, révoquer le testament *de hermandad* et disposer autrement de ses propres biens, cette mesure paraissant de nature à sauvegarder la liberté de disposer par testament. »

Cette disposition atténue le principe de l'irrévocabilité du testament conjonctif. Cependant, de nombreux commentateurs ne cessèrent, pour des raisons de convenance morale, de demander la suppression de cette forme de tester. Morales demandait que cette prohibition ne s'étendît point aux stipulations que le mari et la femme pouvaient insérer également dans le contrat de mariage de leurs enfants, c'est-à-dire aux institutions contractuelles, parce que, dit-il, celles-ci se réfèrent à un ordre d'idées très différent et parce qu'en Castille aucune disposition prohibitive n'empêchant les époux de s'instituer mutuellement héritiers, chacun d'eux conserve jusqu'à sa mort la faculté de révoquer cette libéralité.

SECTION IV

LEGS, DONATIONS « MORTIS CAUSA »

« MEJORAS »

A) *Legs*

Le légataire universel c'était, dans les provinces basques, l'héritier institué. Le legs à titre universel est une subtilité ignorée. Quant aux legs particuliers, on les rencontre assez fréquemment, en faveur des cadets ou d'œuvres pies. Faits à des cadets, on les considère comme des suppléments de légitime. Leur montant est, en général, assez modique.

Les auteurs espagnols définissent le legs à titre particulier comme étant une sorte de donation faite par testament, et ils font, sur ce point, appel au droit romain pour suppléer aux lacunes des lois indigènes. Ce que nous avons dit de l'institution d'héritier, en Haute-Navarre, peut à la rigueur s'appliquer aux enfants légataires lorsque ceux-ci sont institués

sous condition ¹. Le seul texte du For général qui semble consacré à cette question déclare qu'au décès sans enfants de l'un des fils du testateur, sa part va accroître celle de son cohéritier. Nous dirons donc, d'accord avec la loi 11, titre XIII, livre III de la N. R., que les légataires particuliers sont d'autant moins fondés à se considérer comme définitivement institués, que le testateur n'a fixé aucune condition résolutoire expresse, se bornant à dire qu'à la mort d'un légataire un autre recevra le legs.

Ce texte précité de la N. R. de Navarre auquel se réfère Morales est le suivant : « Dans le but de mettre fin à certaines incertitudes, nous supplions Votre Majesté d'ordonner que les enfants qui ne sont institués légataires que sous condition suspensive n'auront pas à se considérer comme institués définitifs, jouissant de la libre disposition du legs (*puestos en disposicion*)² ou comme appelés à le recueillir, quelles que soient leurs chances effectives, et ce, à moins que le testateur ne les aient expressément et définitivement institués.

« DÉCRET: A cela nous répondons: qu'il soit fait comme le royaume le demande. Les notaires devront informer testateurs et contractants de la présente disposition législative, toutes les fois qu'ils auront à recevoir des testaments ou d'autres écrits, afin que les choses se passent régulièrement, en conformité avec la présente loi, si les notaires ne veulent, pour chaque oubli, encourir une peine de suspension de deux ans. »

Alonso remarque que, bien que la défraction de la quarte falcidienne fût prévue par le droit romain supplétif en vigueur en Haute-Navarre, aucune application n'en avait été faite en pratique, parce que l'usage étant d'instituer un légataire universel que l'on avantageait le plus possible, surcharger l'héritage de legs particuliers eût été contraire au but poursuivi. Ce risque n'était donc pas à craindre ³.

1. « ...y solo ocurre advertir que lo mismo que en la institución de herederos queda dicho en cuanto a los hijos puestos en condicion, hay que repetir respecto de los legados. » (Castejón, *op. cit.*, p. 146.)

2. Sous-entendu: tant qu'il existera des enfants du premier institué.

3. La quarte falcidienne, ainsi appelée du nom de son inventeur, Publius Falcidius, tribun sous Auguste, n'était autre que la faculté ouverte à l'héritier qui se trouvait en face d'une succession si lourdement grevée de legs ou de fidéicommiss qu'il n'aurait pu recueillir en fin de compte que moins du quart de son héritage, de n'exécuter lesdits legs que jusqu'à concurrence des trois quarts.

Toujours à propos de la Haute-Navarre, signalons que, pendant tout le Moyen Age, il est assez fréquent de voir le souverain couché sur les testaments en qualité de légataire particulier. Cette pratique s'inspirait de l'usage des *cartas de profilacion* où, pour assurer l'exécution des contrats et des obligations, il était d'usage d'y intéresser le roi. Un testament où le monarque figurait en qualité de légataire ne manquait pas d'être validé et exécuté.

Le fait est plus rare sur le versant français, où le testateur se contente, le plus souvent, d'assurer le sort des puînés. Outre la légitime, dont il stipule très souvent le retour, il leur lègue le droit de se retirer dans la maison de l'héritier, où ils seront nourris, entretenus et soignés en échange de leur travail. Bernard d'Aubertin veut et entend que ses deux filles cadettes soient nourries et entretenues dans la maison, saines ou malades, à la condition qu'elles travaillent au profit et avantage de la maison. Jean Médon « vol et entend que tous ayen retirance en ladite maison en cas de besoin, e tribalhan a leur force » (2 septembre 1672)¹. Sans doute en eût-il été de même s'il était décédé *ab intestat*, mais il préférerait, de son vivant, mettre ordre à ses affaires; il était ainsi plus tranquille sur le sort de ses enfants.

Les enfants naturels ne sont pas oubliés; ils sont même assez bien traités. Selon le Fuero General de Navarre, l'enfant qui dispose de biens libres peut donner aux enfants de sa barragane au moins une vecindad, c'est-à-dire une petite maison couverte dont le For fixe les dimensions. S'il n'a que des arrhes, il peut néanmoins léguer aux enfants naturels l'équivalent d'une vecindad, ce don étant présumé fait par la femme² : « Les père et mère, dit l'art. 14, rub. XXVIII des Fors et Coutumes de Navarre, pourront avantager leurs enfants naturels à leur gré sur les biens par eux acquis, pourvu que ces dons n'excèdent pas la moitié desdits biens. Dans le cas où le père et la mère ne leur auraient rien donné, ils seront nourris par l'héritier, s'il en a le moyen, jusqu'à l'âge de seize ans, ou jusqu'à ce qu'ils soient en état de gagner leur vie. »

1. Arch. dép. des B.-P., E 1883.

2. Cependant, par la suite, ces enfants n'eurent plus droit qu'à une légitime symbolique. V. *supra*, chap. XI.

B) *Donations « mortis causa »*

Il ne s'agit plus ici des donations matrimoniales dont il a déjà été question, mais des dons ordinaires que l'on peut faire entre vifs ou pour cause de mort. Les premiers étaient rares en Navarre, où on les considérait comme des contrats, ce qui est juridiquement exact, dont toute idée d'avantages réciproques n'était point bannie. La pratique s'établit de limiter à un montant maximum de trois cents ducats les donations ordinaires, celles qui n'étaient pas faites *causa matrimonii*. Celles dont le montant excédait cette somme devaient, à peine de nullité, se faire en la forme solennelle, devant un notaire et des témoins, et être enregistrées par le juge compétent.

Les lois 2 et 3, titre VII, livre III de la N. R. ne firent que sanctionner une pratique déjà existante. Les notaires étaient invités à éclairer les donateurs sur ces formalités, à peine d'une amende de cent livres.

c) « *Mejoras* »

Cette institution était inconnue en Navarre, en Biscaye et dans les endroits où on admettait le principe de la liberté de tester. Elle était par contre usuelle dans les provinces qui, comme le Guipuzcoa ou l'Alava, suivaient le droit commun espagnol. La *mejora* (que l'on peut assimiler à notre quotité disponible) était une portion de biens que les ascendants pouvaient léguer à leurs enfants en sus de leur légitime (réserve). Cette institution fut introduite en Espagne au temps de Chin-dasvinte et incorporée parmi les dispositions du *Fuero Juzgo*. Les *Fors* municipaux et celui de Vieille-Castille en sanctionnèrent l'usage; le *Fuero Real* et les lois de Toro le réglementèrent en détail. Son emploi était nécessaire sous l'empire du droit commun, car il fallait bien que le père de famille disposât d'un moyen pour avantager ceux de ses enfants qui s'étaient distingués par leur affection, leurs services et leurs bons soins.

Il arrive fréquemment, ainsi que le font remarquer Laserna et Montalban, que des enfants, lorsqu'ils fondent un foyer ou pour d'autres raisons, reçoivent, à titre de dot ou d'avan-

cement d'hoirie, une part de la fortune de leurs parents; *las mejoras* servent alors à équilibrer les légitimes et à compenser les avantages qu'ont pu obtenir les enfants premiers dotés. Leur quantum, qui aurait dû dépendre du nombre des enfants ¹, était en réalité fixe; c'était, d'après les lois de Toro, le tiers de l'ensemble de l'héritage, déduction faite du cinquième disponible ². (V. *infra*, p. 364.)

SECTION V

SUBSTITUTIONS

La substitution vulgaire est l'institution d'un héritier en second appelé à recueillir tout ou partie d'une succession au cas où le premier appelé ne pourrait le faire. La substitution fidéicommissaire est une institution à charge de conserver et de rendre à un tiers tout ou partie des biens substitués, ce tiers pouvant soit disposer librement desdits biens (substitution à un degré), soit les conserver pour les transmettre à sa mort à d'autres personnes (substitution à plusieurs degrés).

Les substitutions étaient admises dans les provinces basques comme en Béarn et dans tous les pays où l'on favorisait la conservation des biens dans les familles. Toutefois, le système de l'avitinage, réalisant une sorte de substitution légale et générale, de degré en degré, rendait les substitutions fidéicommissaires moins fréquentes qu'elles ne l'eussent été autrement.

Maria observe que « comme cette substitution a cet effet de conserver les biens dans les familles, elle est d'un usage fort ordinaire parmi toutes sortes de gens. Elle peut être ordonnée non seulement dans un testament ou un codicille, mais encore dans un contrat ou en des articles de mariage, Il n'est donc pas étonnant que nous dérogeons en cela au droit romain, parce qu'ayant reçu les institutions contractuelles contre le droit et permis qu'on y pût instituer un héritier, il était naturel d'admettre qu'on y puisse substituer aussi. »

1. Ainsi d'ailleurs que le prévoyait l'art. 642 du projet de loi de 1851.

2. Bibl. G. DE LACOSTE: *Les « Mejoras » dans les législations espagnole et sud-américaine*. Thèse. Madrid, 1913.

Cependant, dans les substitutions, fidéicommiss, et ainsi qu'il résulte des dispositions de l'art. 8, rub. « des Successions » du For de Béarn, l'héritier a le droit d'aliéner entre vifs ou par disposition de dernière volonté, la quatrième partie des biens substitués (quarte trébellianique).

Parmi les dispositions de la N. R. de Navarre qui traitent des substitutions, il en est une qu'il est assez curieux de relever, car elle a eu pour objet de régler une question d'interprétation de la règle d'après laquelle un autre recueille le legs si le premier appelé décède sans enfants (N. R., loi 14, tit. XIII, liv. III) :

« Il existe des opinions divergentes sur le point de savoir si lorsqu'un testateur laisse quelques biens à un héritier, sous la réserve qu'au cas où celui-ci décéderait sans enfants, les biens iraient à un tiers, le fait pour l'héritier d'entrer en religion peut avoir pour effet d'exclure le second institué de la substitution, le couvent étant considéré comme le fils (?) du premier institué. Pour que cessent ces divergences, nous supplions Votre Majesté de vouloir bien préciser et ordonner pour loi qu'à la mort naturelle du religieux, l'appelé recueillera les biens, à moins que le testateur n'en ait expressément disposé autrement.

« DÉCRET: A cela nous répondons: qu'il soit fait comme le royaume le demande, toutes les fois que le disposant ne se sera pas contenté de dire: s'il (le premier institué) meurt sans enfants, mais se sera servi d'adjectifs tels que « légitimes », « naturels », etc., et qu'il résultera de l'emploi de ces expressions qu'il aura entendu exclure l'ordre ou le monastère de la succession. »¹

Considérer le couvent comme le descendant, au moins spirituel, du moine nous apparaît comme une idée assez singulière, car nous serions plutôt porté à le regarder comme un père. Il est étonnant qu'une disposition législative ait été nécessaire pour combattre cette présomption. Certes, nous n'ignorons pas que les congrégations religieuses héritent volon-

1. Ce « decreto » est assorti de la clause de style habituelle: « Que esto se entienda para adelante, y lo pasado en que no hubiere litispendencia » qui nous montre que le principe de non-rétroactivité des lois en matière civile n'était en Navarre que partiellement respecté.

tiers de leurs membres; les dots moniales, tout au moins, restent acquises à la communauté, et, en France, la loi du 24 mai 1825 a dû réprimer certains abus; mais nous ne croyons pas que l'on ait tenté chez nous d'assimiler le couvent à un fils spirituel.

Interrogé par d'Aguesseau sur l'étendue qu'il convenait de donner aux substitutions¹, le Parlement de Navarre répond que cette question ne peut se poser dans son ressort, car les Ordonnances de Moulins et d'Orléans n'y furent pas enregistrées; elle sont en effet antérieures à l'union du Béarn et de la Navarre à la couronne de France. On se contente donc de suivre sur ce point le droit romain: la durée des substitutions n'est pas limitée, « sauf dans les cas de prohibition d'aliéner, auxquels cas elles sont bornées à quatre degrés, outre l'institué, conformément à la Nouvelle 159. Mais, en principe, les substitutions n'ont parmi nous d'autres bornes que celles qu'il plaît au testateur ou à la nature d'y mettre. »

Par contre, dans le Labourd et à Bayonne, pays depuis longtemps rattachés à la couronne et compris dans le ressort du Parlement de Bordeaux, les substitutions sont en principe limitées à deux degrés.

Les biens libres seulement peuvent faire l'objet d'une substitution, non les avitins ni les dots, car ces derniers biens sont déjà substitués par la Coutume elle-même. Or, substitution sur substitution ne vaut. Par contre, tous les biens libres peuvent être substitués, meubles ou immeubles. En effet, les dispositions de l'ordonnance de 1629 furent enregistrées au Parlement de Navarre, à l'exception de l'art. 129 concernant les choses mobilières. La raison en est qu'au XVII^e siècle, la fortune mobilière avait pris dans nos provinces une assez grande extension. Beaucoup de personnes s'étaient enrichies dans le commerce avec l'Espagne et ne possédaient pas d'immeubles; d'autres avaient acquis au service du roi des pécules

1. « Si le sens dans lequel quelques Parlements ont entendu les articles des ordonnances qui règlent la durée des substitutions, en les étendant jusqu'à quatre degrés, outre l'institué, est préférable à celui que d'autres Parlements donnent aux mêmes articles en restreignant la substitution à deux degrés, outre l'institué. » (Septième question sur les substitutions.) Un questionnaire adressé préalablement aux Parlements et Cours souveraines permettait au Chancelier d'Aguesseau de se documenter avant de procéder à la rédaction des grandes ordonnances qui l'ont rendu célèbre. L'ordonnance sur les substitutions date de 1747.

en numéraire. « Il ne semble pas juste, disent les magistrats du Parlement, que tous ces gens-là, dont le bien consiste en effets mobiliers, souvent pour n'avoir trouvé l'occasion de les convertir en immeubles, soient privés du droit de prévenir la mauvaise économie de leur héritier, en les grevant de substitution. »

La substitution s'ouvre, en principe, à la mort naturelle ou civile du grevé. Cependant, depuis 1702, la jurisprudence admettait que la mort civile résultant d'une condamnation ne donnait pas ouverture au fidéicommiss. Les condamnés étant susceptibles d'être rappelés, par la grâce du Roi, à la vie civile, la clémence royale pouvait être la source pour les familles de grandes difficultés en ce qui concernait la restitution des biens substitués. On préféra donc attendre la mort naturelle des condamnés.

Il nous faut dire quelques mots d'une disposition particulière au Béarn et qui résultait d'un règlement des Etats rendu en 1637 et ainsi libellé :

« Les biens avitins et papoaux ensemble, les biens substitués et soumis à restitution pourront être valablement *hypothéqués, engagés, vendus et aliénés* jusqu'à ce que le proche et substitué (l'appelé) ait fait interdire leur maître et possesseur de les administrer et de les aliéner. Toutefois, le maître et possesseur de tels biens (le grevé) ne pourra en disposer par *testament codicille* ou autre acte de dernière volonté, *en l'un ni en l'autre cas*, au delà de la quarte desquels, sur laquelle quarte seront imputés les biens qui auront été aliénés pendant sa vie. » Ainsi donc, le règlement distinguait entre les aliénations à titre onéreux de biens substitués et les dispositions à titre gratuit. Les premières pouvaient être effectuées valablement jusqu'à interdiction signifiée au possesseur, interdiction qui s'accompagne sans doute d'une publicité qui fait défaut à la substitution elle-même, l'insinuation étant inconnue en Béarn, comme ayant été réglementée par des ordonnances antérieures à l'édit d'union.

De cette liberté d'aliéner les magistrats tiraient cette conséquence que l'appelé qui se trouvait être en même temps héritier pur et simple du précédent possesseur des biens substitués ne pouvait révoquer les *aliénations* faites par son auteur, quelle

qu'en fût l'importance, alors que s'il s'agissait de dons ou legs, il n'était tenu de les exécuter que jusqu'à concurrence du quart du montant des biens substitués ¹. La déclaration du 25 novembre 1690 sur les substitutions fut cependant enregistrée au Parlement de Navarre sans modifications ni remontrances : il semble donc qu'on soit revenu en Béarn au droit commun sur ce point ², le règlement de 1637 se trouvant ainsi tacitement abrogé.

Dans une institution contractuelle, le père ou la mère instituteurs étaient autorisés à substituer pupillairement un héritier à l'enfant qu'ils venaient d'instituer. Lorsque le bénéficiaire de l'institution décédait avant l'instituant, ses enfants en recueillaient le profit, étant appelés sur le fondement d'une présomption de substitution vulgaire. Enfin, si l'aîné des enfants institués devenait incapable par suite de mort civile et que cet événement advienne après le décès de l'instituant, les biens compris dans l'institution étaient dévolue aux héritiers *ab intestat* du mort civil.

SECTION VI

EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

Les testaments portaient souvent *in fine* la nomination d'un ou de plusieurs exécuteurs testamentaires. Cette pratique était surtout répandue dans la classe aisée : à la campagne, c'est à l'aîné émancipé de bonne heure et établi à la maison qu'il appartient tout naturellement, étant légataire universel, d'exécuter les dispositions du testament.

Des anciens comtes du Béarn choisirent plusieurs exécuteurs testamentaires, qui reçurent des pouvoirs étendus ³. Sous l'empire de certains Fors, ces fonctions appartenaient de plein

1. La quarte trébellianique n'est pas, comme on pourrait le croire, une invention du légiste Trebellianus. Ce n'est autre chose qu'une application de la quarte falcidienne aux fidéicommiss, œuvre du senatus consulte pégasien.

2. C'est-à-dire à l'application pure et simple de la trébellianique.

3. Guillaume Raymond n'en choisit pas moins de six ; il leur confia l'administration de tous ses domaines jusqu'à l'arrivée de son héritier. Le testament de Gaston VII (1290) contient des dispositions semblables.

droit à ceux qui avaient reçu de la bouche du *de cujus* l'expression de ses dernières volontés: *cabezaleros* en Navarre (chap. IV et IX, tit. XX, liv. III du F. G.), *ordeners* en Béarn, qui s'assuraient, du moins, de l'exécution des dispositions pieuses et du paiement des dettes du défunt (For de Morlaàs).

Parfois les exécuteurs sont chargés de fixer eux-mêmes les dots des filles du *de cujus* s'il est reconnu que ces dots, telles qu'il les a réglées, sont insuffisantes: par exemple lorsque les filles ne peuvent trouver à se marier. A défaut d'exécuteurs, les dernières volontés du défunt n'en doivent pas moins être respectées. Toute personne qui croit avoir quelque droit sur une succession peut s'adresser à la justice et demander à prendre connaissance des dispositions testamentaires. L'héritier devra exhiber le testament s'il l'a en sa possession, ainsi que nous le dit le For de Béarn: « Lo senhor pot contrenhe lo hereté muestra lo testament, si acquer ha deves si. » (Art. 13 du F. R. de Béarn, rub. des Successions.)

SECTION VII

CLAUSES DÉROGATOIRES ET RÉVOCATION DU TESTAMENT

Lorsqu'une personne a fait plusieurs testaments, c'est le dernier en date qui doit être exécuté: les autres ne peuvent l'être que dans la mesure où les dispositions qu'ils contiennent ne sont pas en contradiction avec celles figurant au dernier testament. Telle est la règle générale que nous retrouvons dans l'art. 12 du For réformé de Béarn: « Lo darré testament derroga au prumé. »

Mais, pour qu'un testament puisse être annulé par un autre postérieur en date, il faut que ce dernier soit lui-même valable, établi selon les formes prescrites. En principe donc, il convient de faire application du principe de la correspondance des formes, que rejette notre droit moderne, moins formaliste. Il existe cependant deux cas où un testament peut en révoquer un autre, bien qu'il soit moins parfait et solennel que le premier:

1° Si le premier testament a été fait en faveur d'un héritier étranger¹ et que le second appelle à succéder le *prim* du *de cujus*, exception introduite en faveur de l'héritier légitime.

2° Quand l'héritier institué par le dernier testament n'a pas voulu ou n'a pas pu accepter. En ce cas, si le testament antérieur était fait en faveur d'un étranger, on considère que le *de cujus*, en rédigeant un testament postérieur, même moins parfait, a manifesté clairement sa volonté de ne pas laisser ses biens à l'héritier étranger qu'il avait primitivement institué. Le patrimoine doit alors être recueilli par l'*ab intestat* le plus proche.

En application de ces idées, un testament *inter liberos*, fait sans formes, ne sera pas révoqué par une disposition postérieure en faveur d'étrangers, même si celle-ci est plus parfaite. Elle ne vaudra pas : à moins qu'il n'y soit fait mention spéciale et expresse de la révocation partielle du testament *inter liberos*.

Un testament, quelle qu'en soit la forme, peut aussi être révoqué par une simple déclaration faite devant notaire, par la destruction volontaire, œuvre du *de cujus*, ou par toute disposition universelle, donation de biens présents et à venir ou institution contractuelle. Nos Coutumes ne font, sur ce point, que suivre le droit commun.



L'habitude s'était instaurée dans nos provinces (notamment en Béarn) d'insérer dans le corps du testament une clause dérogatoire. Il s'agissait d'une phrase, généralement assez courte, d'une formule, d'essence religieuse souvent, dont la présence dans un codicille ou dans une disposition testamentaire postérieure à un premier testament permettait de conclure à la validité, voire à l'authenticité dudit acte. Dans un testament primitif, le *de cujus* écrivait par exemple ceci :
« Toute disposition de dernière volonté qu'il m'arrivera de prendre postérieurement à celle-ci, et qui ne contiendra pas

1. Rappelons qu'au pays basque français, un pareil testament ne peut porter que sur les acquêts.

les mots *Ad maiorem Dei gloriam* devra être regardée comme nulle et non avenue. » Donc, si plus tard l'on découvrait un testament nouveau où l'on ne trouvât point la clause susdite, ce testament n'était pas valable.

Parmi les juristes basco-béarnais, certains approuvaient cet usage, dont le but était de protéger le testateur contre certaines manœuvres d'intimidation. Importuné par un parent qui, le voyant souffrant, insiste afin qu'il dispose en sa faveur, le testateur n'aura pour déjouer ses calculs, qu'à omettre la clause dérogoire insérée dans un acte antérieur. D'autres commentateurs font observer, non sans raison, que la clause dérogoire est une arme à double tranchant. Le *de cujus*, désirant refaire son testament, pouvait omettre de la reproduire; cet oubli était fatal aux dispositions nouvelles, sur l'exécution desquelles il comptait, et qui demeuraient sans valeur.

Le testateur pouvait faire allusion à la clause dérogoire figurant dans un testament antérieur, de trois façons différentes : *generaliter*, *specialiter*, *individui*. Il la mentionnait *generaliter* lorsqu'il se contentait d'affirmer qu'il révoquait et annulait tous testaments antérieurs, *specialiter* quand il déclarait vouloir casser les autres testaments malgré la clause dérogoire y contenue, *individui* quand, après avoir exprimé l'intention d'annuler le testament antérieur, il répétait mot pour mot la formule susdite. Ces deux dernières façons de procéder suffisaient à faire valoir le dernier testament.

L'opinion défavorable à ces clauses semble avoir fini par triompher dès le XVII^e siècle ¹. Au siècle suivant, les magistrats du Parlement de Navarre appelés à donner leur avis répondent qu'elles constituent plutôt des causes de surprises que des précautions pour les éviter. On ne les admet pas, surtout dans les testaments des mineurs de vingt-cinq ans.



1. Arrêt Bonnecase, d'Orthez. 15 novembre 1650.

LIVRE SECOND

LA SUCCESSION AB INTESTAT

CHAPITRE XVI

Le principe général : Application du droit d'aînesse sans distinction de sexe



ES explications précédemment données nous ont fait entrevoir comment, sous l'influence de l'évolution économique, les mâles, écartés sous l'ancien régime, exclusivement pastoral, de la succession de leurs parents, furent désormais appelés à y prendre part, concurremment avec les filles. Cette application du droit d'aînesse sans distinction de sexe, survivance de l'ancien régime matriarcal, cadrerait admirablement avec le nouvel état social des Basques. Aussi n'est-il pas surprenant de voir le jurisconsulte Bela, interprétant l'esprit du droit successoral basque d'après les mœurs de son époque, nous dire que le droit d'aînesse absolu, tel que le concevait le droit coutumier basque, reposait sur la nécessité de voir prospérer sans interruption le domaine légué par les ancêtres.

Ce régime, commun à une grande partie des Pyrénées Occidentales, paraissait éminemment singulier. Un commen-

tateur de la Coutume de Barèges ¹, invoquant la nécessité de conserver les biens dans les familles, le justifie en ces termes : « Notre Coutume paraît bizarre sur le point des successions quand on n'en considère que la lettre, et le premier mouvement qu'elle excite est un sentiment d'indignation contre elle. . . Mais il faut convenir qu'il n'en est pas ainsi quand on réfléchit qu'elle atteint mieux que toute autre ce but : conserver les biens dans les familles. . . Il y a des articles, dans notre Coutume, qui justifient que tel était bien leur objet principal ; *mais nos ancêtres ont cru que d'admettre les filles comme les mâles, ce n'était pas moins tendre à conserver les biens dans les familles*, pourvu que l'on se conformât à l'usage établi en même temps pour le moins que la Coutume et qui s'observe communément encore, d'établir les filles héritières avec des cadets qui, n'ayant pour apanage qu'une simple légitime consistant en argent ou en biens fonds, passent dans les familles de leurs femmes héritières ; et, par ce moyen, bien loin que les familles se détruisent, on les voit se maintenir et conserver leurs biens et même leurs noms, car il y a encore ceci de remarquable dans notre pays, que, dans ce dessein, les puînés gendres prennent le nom de famille de leurs épouses, et que les enfants qui en descendent le portent aussi de préférence à celui de leur père. »

Tout ceci corrobore les indications que nous avons données à propos du mariage et de la dot. Remarquons cependant que ce vieil auteur semble admettre qu'autrefois les mâles succédaient de préférence aux filles, alors que, pour Strabon, c'étaient, primitivement, les filles qui recueillaient intégralement les biens, à l'exclusion des mâles ; de sorte que l'évolution historique du droit de succession chez les Basques paraît être, en définitive, le suivant : 1° les femmes succèdent seules (régime du matriarcat) ; 2° les hommes succèdent dans les mêmes conditions que les femmes (régime des Coutumes basques françaises et des successions roturières en Navarre espagnole, régime des Fors du Béarn, jusqu'en 1552) ; 3° les aînés mâles l'emportent (selon certaines Coutumes nobles et dans certaines maisons, en Soule, dans le Labourd, en Basse-

1. NOGUÈS : *La Coutume de Barèges conférée avec les usages ou Coutumes non écrites du pays de Lavedan*. Toulouse, 1760 ; impr. Deselassan.

Navarre, de même qu'en Béarn, dans toutes les familles, à partir de 1552.)

Le droit d'aînesse sans distinction de sexe révèle l'attachement profond du Basque pour sa maison natale dont la prospérité constitue le principal souci. Cette préoccupation de faire fructifier le domaine légué par les ancêtres et de le conserver, autant que possible, dans la famille, ressort à toutes les pages du droit basque. C'est elle qui prévoit ce système successoral si bizarre au premier abord et qu'on s'explique pourtant bien quand on a pu se rendre compte de l'esprit dans lequel il a été conçu; elle aussi qui édicte dans la législation des Basques un retrait lignager si sévère¹ et qui rend si périlleuse la situation des créanciers. Car la transmission par droit d'aînesse des biens avitins ou papoaux produisait à l'égard de ceux-ci presque tous les effets d'une véritable substitution.

Il répond aussi à une préoccupation que Bela ne manque pas de souligner: si on attendait que le premier né mâle fût nubile pour établir un nouveau ménage dans la maison, celle-ci, pendant ce temps, risquerait de déchoir; tandis que les maris adventices qui épousent des héritières sont souvent, dit-il, « des hommes recuits et habiles aux affaires »². Le fait, pour un homme sans fortune, d'épouser une fille richement dotée, peut en effet passer à la rigueur pour un signe d'habileté.

Le principe du droit d'aînesse sans distinction de sexe est nettement posé dans les Coutumes de Labourd et de Soule. « En biens ruraux avitins, le premier enfant de légal mariage succède à ses père et mère, soit fils ou fille. » (Lab., XII, 3; Soule, XXVII, 19.) Les Fors de Basse-Navarre ne nous renseignent pas sur ce point de façon aussi nette, mais nous sommes éclairés à leur sujet par le jurisconsulte Mourot³, qui nous indique qu'en Navarre un règlement de 1633 avait

1. Labourd, vi, 3; Soule, XIX, 6; Basse-Navarre, XXII, 8 et 14.

2. BELA: *Commentaires sur la Coutume de Soule*, XXVII, 2.

3. *Traité des successions*. Jean-François Mourot, né à Pau le 1^{er} avril 1740, mort le 6 avril 1813. Fut avocat au Parlement de Navarre, professeur à l'Université de Pau, siégea aux États-Généraux de 1789 comme député du Tiers, et fut par la suite bâtonnier de l'ordre des avocats. Il a laissé différents ouvrages manuscrits: un traité des dots suivant les principes du droit romain, conféré avec les Coutumes de Béarn, Navarre et Soule et la jurisprudence du Parlement; un traité sur les successions et un autre sur les paraphernaux, les augment et les institutions contractuelles. Bibliographie: GARAT, *Etude biographique* (Pau, 1859).

décidé que les premiers nés succèderaient, quel que fût leur sexe, aux héritages ruraux et fivatiens, c'est-à-dire soumis à la censive. Il est vrai que cet auteur ne parle pas du régime antérieur à 1633. Cependant, il y a lieu de penser que ce devait être le même, mais que, par suite de l'obscurité des termes de la Coutume, des discussions s'étaient élevées. Si ce règlement de 1633 avait introduit un nouvel ordre de choses en Navarre, Mourot l'eût probablement dit. D'ailleurs, les termes des art. 11 et 38 de la rubrique XXIV du For de Basse-Navarre supposent l'application du droit d'aînesse absolu dans ce pays.

Une des particularités de l'exercice de ce droit, c'est que la représentation était admise en ligne directe à l'infini. Si l'aîné des enfants était décédé au moment de l'ouverture de la succession, mais avait laissé des descendants, c'était l'aîné de ceux-ci qui succédait par représentation de son père ou de sa mère et excluait les frères et sœurs de son auteur (Lab., XII, 4; Soule, XXVII, 20)¹.

Le droit d'aînesse régnait également en Béarn, sur les héritages nobles comme sur les roturiers. Mais, en ce qui concerne les successions nobles, il s'accompagne toujours du privilège de masculinité. Ce dernier est d'origine féodale; aussi est-il mentionné dans les art. 274 et 276 du For General: « Il est coutume en Béarn que fille succède aux biens nobles quand il n'y a pas d'enfant mâle; et, si du second mariage il y avait enfant mâle, la fille du premier mariage succèderait au bien noble qui serait en Béarn, même si le père en son testament eût déclaré que le fils du second lit serait héritier et qu'il eût laissé une part à la fille. Ainsi fut jugé en Cour Majour, dans le fait de M^{me} Agnès, dame d'Arrosès, sur le débat qui l'opposait au seigneur de Vialar. » Ainsi donc, en Béarn, la fille aînée du premier mariage hérite au détriment du fils aîné du second lit, qu'il s'agisse de biens nobles ou de biens ruraux. Bien entendu, le *de cujus* peut librement tester sur ses acquêts ou biens libres, en faveur d'un enfant de premier ou de second lit, sans que cette libéralité puisse modifier en quoi

1. « Ce qui est dit que le premier succède a lieu aussi au descendant du premier habile à succéder, si celui-ci premier habile est décédé avant la mort de ses père et mère, soit le descendant du premier habile, fils ou fille. »

que ce soit les droits de l'aîné, ainsi que le spécifie l'*in fine* de l'article 274.

Si le *de cujus* n'a pas eu d'enfant mâle de son premier mariage, précise le For General (art. 276), mais seulement une ou plusieurs filles, l'aînée de ces filles succèdera au détriment d'un fils du second lit. La faveur avec laquelle la Coutume considère la postérité du premier lit prévaut ici sur le privilège de masculinité. Par contre le For réformé (art. 3, rub. des Successions) n'admettait plus la fille aînée à la succession noble que lorsqu'il n'y avait de mâle d'aucun mariage.

« En noblesse, le premier fils mâle du mariage ou la première femme si mâle n'y a, exclut ses autres frères et sœurs, soit dudit mariage, soit des suivants, et succède universellement; car, en Béarn, gentillesse ne se divise entre frères et sœurs, réservées les parts aux puînés. Le même ordre sera observé et gardé dans les biens ruraux, généralement par tout le Béarn, sans pourtant comprendre dans le présent article les filles aînées qui sont déjà mariées dans les maisons de leurs père et mère, celles-là seulement. Et quant aux petits-fils, ils succéderont, le mâle excluant la femelle, comme dessus est dit. »

D'après Bordenave-Cassou, la règle d'après laquelle l'aîné des mâles était seul héritier ne s'appliquait qu'au cas où le *de cujus* n'en avait pas disposé autrement. Il invoque, en faveur de cette assertion, l'art. 18 du For General d'après lequel le chevalier (*caver*) doit présenter ses fils à son suzerain, excepté celui qu'il désignera pour successeur de sa terre. Et le For n'indique nullement que cet héritier doive être l'aîné. L'art. 3 du For réformé, en instituant expressément le droit d'aînesse pour les biens nobles, aurait donc modifié sur ce point l'usage préexistant. L'expression: « Gentillesse ne se divise » avait d'ailleurs, au début du Moyen Age, un sens très précis et très rigoureux: l'héritier recueillait la succession tout entière et les cadets n'avaient même pas droit à une légitime.

Comme au pays basque, le droit d'aînesse béarnais était dépourvu d'origine aristocratique. Il était en usage depuis des temps immémoriaux, afin que le domaine familial fût trans-

mis intact aux générations successives. La chose allait si bien de soi que les anciens Fors ne s'occupaient point spécialement du droit d'aînesse dans les héritages roturiers. Seul, l'art. 3 du F. R. de 1552, après avoir indiqué comment sont dévolues les successions nobles, ajoute : « Le semblable sera observé et gardé en biens ruraux, généralement par tout le Béarn, sans cependant comprendre dans le présent articles les filles aînées qui sont déjà mariées dans la maison de leurs père et mère seulement. Et quant à leurs descendants, ils succéderont, le mâle excluant la femelle, comme il est dit ci-dessus. » Nous devons en conclure, si ceci est une disposition du droit nouveau, qu'avant le For réformé, le droit d'aînesse en matière d'héritages roturiers ne s'accompagnait pas du privilège de masculinité. L'aîné des enfants, fils ou fille, succédait universellement, comme dans les Coutumes basques voisines.

Maria, dans son *Commentaire sur les Fors du Béarn*, se plaint de ce que la Coutume soit tyrannique à l'égard des puînés et qu'elle n'enrichit l'héritier que pour rendre misérables les cadets. Mais il avoue que les maisons étant peu considérables en Béarn, ne peuvent subsister si leurs facultés sont partagées; il faut nécessairement les réunir sur la tête d'un seul pour les faire durer et les conserver en leur état. Mourot proteste également contre la dureté de la Coutume, mais se rallie finalement à l'opinion de Maria. D'autre part, le droit d'aînesse était loin d'être un privilège sans charges. Nous savons déjà que l'aîné devait souvent doter et marier ses frères et sœurs, leur verser une légitime ou pourvoir à leur subsistance.

*
**

Le droit d'aînesse sans distinction de sexe constituait-il le droit commun en Haute-Navarre, avant l'apparition du *Fuero General* ? Nous ne pouvons l'affirmer faute de documents certains, mais il y a lieu de le croire, si l'on admet que cette institution répondait à des nécessités économiques; eu égard aussi au rôle important joué par les femmes dans la vie sociale. C'était d'ailleurs la règle qui semble avoir été toujours suivie

pour la succession au trône, ainsi qu'en témoigne le chapitre 1 du titre IV, livre II du *Fuero General* : « Il fut établi pour toujours, afin que le royaume pût durer, que si le roi avait de légal mariage plusieurs fils ou bien des filles, l'aîné hériterait du royaume et ses frères des meubles. En cas de décès du fils aîné ou de la fille sans postérité, le frère puîné le plus âgé lui succède s'il est légitime. »

Tel avait été aussi, primitivement, le droit successoral en Haut-Aragon, où l'enfant mâle, s'il n'était pas le premier né, n'avait aucun avantage sur sa sœur aînée.

On le retrouvait également dans le Béarn (avant 1552), le Lavedan et certaines Coutumes de la région des Landes, voisine de l'Adour. Ceci ne doit pas nous étonner, car nous avons déjà lu (*supra*, chap. 1) que ces pays, qui avaient fait partie autrefois de la *Novempopulanie*, furent occupés dès le haut Moyen Age par les Vascons, cédant eux-mêmes à la pression des Goths. Des colonies vascones s'étaient établies dans les hautes vallées d'Aragon et du Lavedan. Leurs membres, trop peu nombreux pour conserver complètement leur individualité, se fondirent avec les anciens possesseurs du sol, les Aquitains. Ils perdirent leur langue et leurs caractères distinctifs, mais gardèrent leurs mœurs et leurs Coutumes.



CHAPITRE XVII

L'exception qui tendit à devenir la règle : Le droit d'aînesse avec privilège de masculinité



ES principes de la féodalité pénétrèrent insensiblement dans l'organisation intérieure de la société basque, mais n'exercèrent qu'une faible influence sur le droit privé indigène. Les applications qui en furent faites demeurèrent exceptionnelles; l'on se hâtait de revenir au droit commun dès que les circonstances le permettaient. Ainsi, dans le but de répondre aux nécessités du régime féodal coexistant avec une société indigène, plutôt rebelle par sa nature à la constitution d'une hiérarchie politique, la Coutume donna asile à des dispositions qui consacraient le droit d'aînesse avec privilège de masculinité.

A) — PAYS BASQUE FRANÇAIS

La Coutume de Labourd, dans l'art. 1 de la rubrique « Des Successions des decedez sans testament », nous dit en termes formels que : « Es maisons et héritages nobles, à celui qui est décédé sans testament, délaisse plusieurs enfans, succède le premier enfant mâle... s'il n'y a enfans que d'un mariage. » (Lab., XI, 1; Soule, XXVII, 1.)

Les derniers mots de cet article annoncent une restriction

que l'article 2 de la même rubrique développe en ces termes : « Mais s'il y a des enfants de divers mariages, ou du premier n'y a que des filles, la fille aînée du premier mariage succède et exclut tous les enfants des autres mariages, posé (quoique) il y en ait de mâles. » (Lab., XII, 2; Soule, XXVII, 2.) Il faut voir simplement dans le texte de cet article un retour au droit commun dans une hypothèse particulière. Le droit féodal rigoureux eût voulu que la fille ou les filles du premier mariage fussent exclues de la succession de l'ancêtre commun par l'aîné des mâles du second mariage. Mais le droit indigène reprend son empire et décide d'appliquer, dans ce cas, le droit d'aînesse sans distinction de sexe. Cette disposition est à rapprocher des art. 274 et 276 déjà cités du F. G. de Béarn.

Toutes les dispositions précédentes se retrouvent dans la Coutume de Basse-Navarre, qui, sur ce point, est généralement conforme à la Coutume de Labourd. Cependant, il y avait quelques différences d'une Coutume à l'autre, dans la sphère d'application de chacun des deux régimes qui existaient côte à côte : le droit d'aînesse sans distinction de sexe, et le droit d'aînesse avec privilège de masculinité.

En Basse-Navarre on distinguait entre les maisons nobles, les maisons soumises à une censive, encore appelées fivatières, et les maisons allodiales.

Pour les maisons nobles, infançonnées ou rémissionnées, c'est-à-dire affranchies, on appliquait le droit d'aînesse avec privilège de masculinité, sous une réserve identique à celle que nous avons indiquée (Lab., XII, 2). C'était l'aîné des mâles qui succédait, ou, à défaut de mâles, l'aînée des filles (Règlement des Etats de 1705). S'il y avait des enfants de plusieurs lits et que du premier lit il n'y eût que des filles, c'était l'aînée de celles-ci qui héritait, excluant de la succession même les enfants mâles nés des autres mariages; ces enfants n'avaient droit qu'à leur légitime (XXVII, 3). C'étaient les mêmes règles que dans le Labourd ou dans le Béarn, sous l'empire du For général.

Pour les héritages ruraux et fivatiers, rappelons que c'était l'aîné des enfants qui succédait, quel que fût son sexe (Règlement de 1633).

Quant aux maisons allodiales, leur situation était plus compliquée. Les règles qui devaient leur être appliquées variaient presque avec chacune d'elles. « On n'a à leur égard, dit Mourot, d'autres règles que la Coutume du lieu ou celle de la famille, ainsi que le porte le règlement (de 1705) qui décide qu'il sera fait un état de ces maisons, qui n'a jamais été rempli. » Il résulte d'un pareil système des difficultés nombreuses et des procès fréquents.

Telles étaient les règles coutumières. Mais certaines difficultés pouvaient se présenter, que la pratique devait résoudre.

Il pouvait arriver que dans une succession il y eût à la fois des biens de deux espèces : nobles et ruraux. Que faisait-on alors, si l'aîné des enfants appelés à recueillir la succession était une fille ? On aurait pu décider que celle-ci hériterait des biens ruraux, alors que l'aîné des frères succéderait aux biens nobles, comme le voulaient les Coutumes de Labourd et de Soule. Mais c'était un principe fondamental en Navarre qu'il ne pouvait y avoir qu'un seul héritier pour une succession. Par conséquent, c'était la même personne qui devait recueillir à la fois les biens nobles et les biens ruraux. Alors, on décidait que celui qui succéderait aux biens nobles (le premier mâle) hériterait également des biens ruraux.

Supposons maintenant qu'une maison noble vienne à recueillir des biens ruraux, ou que, inversement, des biens nobles soient dévolus à une maison fivatière. Qu'allait-il se passer ? On décidait que la succession ainsi échue devait être considérée comme l'accessoire, tandis que la maison qui la recevait était le principal. « Comme, dit Mourot, la succession qui échoit ne doit être considérée en cet instant que comme accessoire, il n'est pas juste qu'elle trouble l'ordre déjà établi dans la maison principale. » Aussi, suivait-on les règles qui devaient s'appliquer à la maison principale. Si celle-ci était noble, c'était l'aîné des mâles qui succédait aux biens ruraux, tandis que si elle était roturière, c'était l'aîné des enfants, sans distinction de sexe, qui recueillait les biens nobles.

Ces règles successorales étaient à peu près celles de l'ancien royaume de Navarre. La succession au trône y était assurée comme la succession aux biens nobles. En ligne directe, c'était par conséquent le fils aîné qui héritait, et, à défaut, la fille

ainée. Certaines de ces reines de Navarre ont joué, nous l'avons vu, un rôle important et ne se sont pas montrées inférieures aux autres souverains du pays. Citons, entre autres, Catherine, épouse de Jean d'Albret, qui organisa la défense contre les Espagnols en 1512, et sa petite-fille Jeanne d'Albret, mère de Henri IV.

La Coutume de Soule mérite une attention particulière à cause de la longue énumération qu'elle donne de diverses maisons, considérées en quelque sorte comme de petits Etats ayant chacun leur législation propre en matière de succession, conformément à la maxime rapportée par Oihenart dans son recueil ¹ :

Erriak bere legea, etcheak bere ardura.

(Chaque pays a sa loi, chaque maison sa coutume.)

Parmi ces maisons, les unes sont réglementées par le droit féodal. Tel est le cas des maisons du territoire de Montory, où les filles sont toujours exclues par les mâles : « En la parropie et borc de Montori, hereten los filhs, excluses las filhes. » (Soule, xxvii, 4.) Les articles 3, 6 et 7 nous offrent des exemples du même genre.

Plus nombreux sont les domaines qui jouissent du privilège d'être régis par le droit national, dans lesquels par conséquent hérite l'ainé, mâle ou femelle indifféremment.

« Dans les maisons fivatières de la maison d'Althaguy, de Alçay, hérite le premier né, soit fils ou fille indifféremment ; et dans les botoys ² de ladite maison d'Althaguy, hérite le fils à l'exclusion de la fille. » (Soule, xxvii, 5.)

« En la maison de Tartas de Goteinh (de Gotein), hérite

1. *Proverbes Basques* (xvii^e siècle). Oihenart (1592-1668), syndic du Tiers Etat pour la Soule en 1623, puis député aux Etats de Navarre, s'adonna de bonne heure aux études historiques, effectua de nombreuses recherches sur les origines de la maison de Gramont et réunit un très grand nombre de notes relatives à l'histoire des deux Vasconies, qui figurent actuellement à la Bibl. Nationale à Paris (fonds Duchesne). Il a publié en sus de ses *Proverbes* une *Déclaration historique de l'injuste usurpation et rétention de la Navarre par les Espagnols* (1625) et la *Notitia utriusque Vasconiae* (Paris, 1637).

2. Les *botoys* étaient des maisons soumises à des règles particulières. Leurs habitants ou *botoyers* habitaient avec leur famille sur la terre d'un autre, moyennant certaines prestations qu'ils s'étaient engagés par serment à lui fournir (*boto*, en espagnol et en basque, signifie vœu, serment). Leur situation était un peu inférieure à celle des *fivatiers* ; ils pouvaient d'ailleurs dépendre d'un *fivati*er comme d'un

et succède le premier né, fils ou fille indifféremment. (Soule, xxvii, 8.)

C'était un privilège pour les domaines de Soule d'être régis au point de vue du droit d'aînesse par le droit national basque. Ce privilège appartenait en principe aux domaines ruraux ou roturiers, c'est-à-dire à ceux qui échappaient à l'organisation féodale du droit de propriété, et cependant, malgré la défaveur qui s'attachait d'habitude à l'état de roture, un grand nombre de chefs de maisons nobles multipliaient les intrigues afin de pouvoir s'en prévaloir. Fait curieux, rapporté par Bela, qui précise même la nature des subterfuges employés par ces nobles pour faire croire au caractère roturier de leur maison et pouvoir de la sorte avantager leur fille aînée. « Ces gens-là, dit-il, émettent la prétention sur ce qu'ils ont à payer quelque redevance d'avoine au roi; mais cela ne suffit point pour établir que leur maison est rurale, s'ils ne sont tenus d'autres devoirs, surtout si on considère que la redevance susdite peut provenir d'une terre annexée plus tard au fonds primitif, lequel n'y était pas obligé. » (*Commentaires sur la Coutume de Soule*, xxvii, 2.) D'autres prétendaient que leur maison était pastère, en même temps que noble, les marques certaines de pastérité étant, d'après certains arrêts intervenus en 1715 et 1745 : 1° le péage, 2° la redevance en grains, 3° ou en brebis, agneaux, poulains, etc., que l'on versait au roi. Or, « dans les maisons ou héritages qu'on appelle pastères ruraux, le premier enfant de légal mariage succède à ses père et mère, soit fils ou fille » (S., xxvii, 19).

Ces faits nous donnent à penser que les règles successorales d'esprit féodal qui régissaient en Soule les maisons nobles n'avaient pas été acceptées sans résistance. Certes, nous ignorons quelles étaient les Coutumes antérieures à la rédaction de 1520, car elles ne sont pas parvenues jusqu'à nous. Mais une note insérée au Coutumier de Dax, rédigé par Jean de la Porte à une époque que nous pouvons situer dans la seconde moitié du xv^e siècle, ne fait pas de distinction entre

noble ou d'un propriétaire d'alleu. Les botoyers étaient attachés à la terre, mais ce n'étaient pas des serfs. Ils suivaient, en général, l'ordre successoral de la maison dont ils dépendaient. (Sur ce point: MENJOULET, *Chronique du diocèse et du pays d'Oloron*, p. 238.)

les biens nobles et les biens roturiers ¹. Il est donc permis de penser que cette distinction aurait été introduite par la rédaction de 1520, celle-ci établissant le privilège de masculinité pour les biens nobles, tandis qu'elle maintenait le droit d'aînesse, sans distinction de sexe pour les héritages roturiers.

B) — BÉARN

Une transformation analogue s'accomplit en Béarn, où le For réformé en 1552, sous Henri II d'Albret, roi de Navarre, établit un droit d'aînesse avec privilège de masculinité pour toutes les successions, à la place du droit d'aînesse sans distinction de sexe qui s'appliquait antérieurement, tout au moins aux successions roturières. D'après M. Parcade, le motif de ce changement serait dû au désir des roturiers d'adopter dans leurs successions le privilège de masculinité, pour imiter les nobles. Ils auraient donc, pour cette raison, rejeté cette vieille idée populaire d'après laquelle la femme a la même aptitude que l'homme pour représenter la famille et soutenir l'honneur du nom. Il est possible que ce motif n'ait pas été indifférent aux Béarnais, qui, comme les Basques, formaient une aristocratie de paysans propriétaires et aimaient à se considérer comme nobles de droit. Beaucoup se paraient du titre de *senhor* et il était souvent impossible de savoir si réellement tel individu était noble (*caver*) ou roturier.

MM. Butel et Dupont ² indiquent une raison qui paraît plus décisive. Jusqu'au XVI^e siècle, le Béarn avait été un pays presque exclusivement pastoral. Pour développer l'agriculture dans ses Etats, Henri II de Navarre y attira des paysans bretons et saintongeais qui vinrent y former des colonies importantes. Les indigènes ne tardèrent pas à les imiter dans leurs travaux, et l'agriculture prit une grande extension. A ce changement d'occupations devait correspondre une transformation

1. En voici le texte: « Note que es coutume en la terre de Soule que, quent augun payes es mort, que son prumer enfant, sie fils ou filhe, deu heretar mas deu part aus autres fils ou filhes. » (Add. à l'art. 206.) D'après Tessier (*op. cit.*) le mot « paye » serait un terme générique servant à désigner tous les campagnards, les gentilshommes comme les roturiers.

2. V. *infra*: Bibliographie.

des Coutumes successorales. Désormais, la culture, substituée à l'art pastoral, exige la présence de l'homme dont l'action devient prépondérante. Il est donc naturel qu'il devienne l'héritier indiqué et préféré de l'installation sédentaire de la famille. C'est pourquoi le For réformé, indiquant le troisième état de la Coutume successorale, déclare que le droit d'aînesse, tel qu'il existe pour les biens nobles, sera gardé et observé en biens ruraux. Toutefois, à titre de disposition transitoire, le For ajoute que le nouvel article ne s'appliquera pas aux filles déjà mariées dans les maisons de leurs père et mère, et à celles-là seulement (art. 3).

À la fin de l'Ancien Régime, la multiplicité de ces règles successorales entraînait de nombreuses difficultés. Et Mourot de remarquer, non sans quelque humour, que « toutes ces différences ne servent qu'à multiplier les procès, qui détruisent les familles d'une manière plus infaillible que l'inaliénabilité des biens avitins de la Coutume de Soule ne contribue à les conserver. »

C) — PAYS BASQUE ESPAGNOL

Dans le dernier état de la législation, le droit d'aînesse avec privilège de masculinité existait en Navarre espagnole en matière de succession *ab intestat* en ligne directe et collatérale. Comme bien l'on pense, il n'en avait pas toujours été ainsi historiquement. Le droit d'aînesse était, d'après les anciens textes, un privilège réservé à la noblesse : les vilains n'en jouissaient pas.

C'est le chapitre X, titre IV, livre II du *Fuero General* qui nous apprend ce qui se passe quand s'ouvre une succession noble : « Si un ménage de gentilshommes a deux enfants, fils ou filles, et que l'un d'eux meure, ni le frère ni la sœur survivant ne pourra demander à ses parents la part du mort, car les enfants n'ont pas d'héritages à recueillir tant que les parents sont en vie et maîtres de leurs biens. Mais que le père ou la mère vienne à décéder, et alors ils pourront partager tout l'héritage du mort et savoir quels sont les biens du mort et ceux du survivant.

« Si un cadet meurt avant son frère aîné, ce dernier le

représente dans la succession du parent prédécédé. Il en est de même de la cadette qui décède avant son aînée. Si d'aventure toutes les sœurs sont mortes sans enfants, le frère aîné doit leur succéder; s'il y a des frères germains, ils sont préférés aux frères utérins ou consanguins comme étant plus proches. Si par hasard les frères ne laissent pas de descendance, leurs biens doivent aller à la sœur aînée et non aux neveux. Comme ces neveux sont les plus proches parents, dans l'hypothèse où l'un d'entre eux décède sans enfants ni frères ou sœurs, ses biens doivent aller à celui de ses cousins germains qui est fils du frère aîné, même s'il est mineur par rapport à ses sœurs; si le frère aîné n'a pas de fils, c'est sa fille aînée qui succède.

« Les biens des cousins-germains décédés sans enfants doivent être recueillis par le fils de la sœur aînée ou par la fille, si fils n'y a. »¹

Ainsi, dans les successions nobles, le capital immobilier (c'est le sens ancien du mort *suert*) était-il dévolu à l'aîné des mâles ou à l'aîné des parents par les mâles, ou, à défaut, à l'aîné des parents par les filles. S'agissant d'une famille de vilains, les règles étaient assez différentes, toujours d'après le For (chap. xx, tit. IV, liv. II) :

1. Ce dernier texte paraît envisager l'hypothèse où le frère aîné, c'est-à-dire l'aîné des oncles, n'a pas laissé de descendance. Voici d'ailleurs le texte espagnol de cet article du Fúero :

« Marido é muger infanzones casados ensemble, si ficieren creaturas doblados fijos, o fijas, viviendo eillos, si muriere una creatura destas; hermano, ni hermana, non pueden demandar suert daquest que es muerto, porque eillos son vivos et señores, et poderosos de lures heredades. Mas quando muera el padre o la madre, si quisieren bien podran partir todas las heredades del padre, o de la madre por medio, et itar suert qual sera la suert del muerto, et qual del vivo.

« Hermano ninguno que muera de si adelant, el hermano mayor deve tomar suert por eill, assi como si fuese vivo eill en las heredades del parient muero. Otro, si hermana ninguna que muera, la hermana mayor deve tomar su suert, assi como si viviese eilla. Si por ventura, todas las hermanas son muertas sin creaturas, el hermano mayor deve heredar todas las heredades de estas hermanas; si de un padre et de una madre son hermanos, que los que son de padre et de madre, son mas cercanos que los hermanos que son de otro padre et de otra madre. Si por aventura, morieren los hermanos sin creaturas antes de la hermana, sus heredades deve haber la hermana, et non ninguno de los sobrinos. Porque eillos son los mas cercanos parientes, moriendo alguno de estos primos cormanos sin creaturas et sin hermandad, lures heredades deve haber el fijo del hermano mayor, maguer sea menor de dias que todas sus hermanas; et si fijo no ha, la filla mayor.

« Otro, si morieren todos los primos cormanos sin creaturas, lures heredades deve haber el fillo de la hermana mayor, si fillo ha, et sino la filla mayor. »

« Si l'un des conjoints d'un ménage de vilains vient à mourir, les enfants peuvent enlever au veuf la part du mort. (En effet, il n'y a pas ici d'usufruit du conjoint survivant, privilège réservé primitivement aux infançons.) Si le défunt ne laisse que des petits-enfants, ceux-ci ne peuvent rien demander à leur aïeul tant que celui-ci vit; mais s'il laisse quelque enfant, alors ils peuvent demander leur part parce qu'ils ont les mêmes droits que les enfants sur les meubles et sur les immeubles, etc... »¹ De plus, dans les successions roturières, les immeubles devaient être partagés également entre les héritiers au même degré.

Ces textes ne sont pas d'une clarté parfaite; ils traitent en même temps de la dévolution en ligne directe et en ligne collatérale, mais témoignent du souci d'accorder la dévolution héréditaire d'après les liens du sang à l'intérêt économique des exploitations.

La représentation successorale n'était pas admise en ligne collatérale et ne fonctionnait qu'en ligne directe descendante seulement. Evidemment, les termes du vieux For peuvent prêter à équivoque, et nous avons dit (chap. X, tit. IV, liv. II, al. 2) que l'aîné représentait son cadet dans la succession du père prédécédé. En réalité, le texte espagnol porte: *deve tomar suert por eill*, c'est-à-dire, en traduisant mot à mot: *doit prendre part pour lui*. Était-ce bien là, à proprement parler, une application de la théorie de la représentation? Cette question ne semble pas avoir beaucoup préoccupé les commentateurs; pour notre part, nous inclinons à penser que les Fors ont entendu faire naître un droit direct et personnel au profit de l'aîné. Morales, auteur particulièrement qualifié, affirme (*op. cit.*, p. 118) que la représentation n'existait pas en Navarre en ligne collatérale, et que la loi I, titre XIII, livre III de la N. R. ne l'instituait qu'en ligne directe descendante. Antequera nous indique (*op. cit.*, p. 462) qu'il était d'usage dans certaines localités de remettre à l'aîné la part

1. « Marido et muger villanos casados ensemble, hobiendo creaturas si muere el uno deillos, las creaturas luego pueden toiller part del muerto al vivo; et si por aventura no hobiesen creaturas vivas, et las creaturas hobies en creaturas, los sobrinos no pueden toiller al abuelo rem en su vida, mas si vive alguna creatura, luego pueden toiller part si tucille esta creatura, porque han tanto dreito como las creaturas en heredades et sus muebles... etc... »

héréditaire d'un cadet décédé postérieurement au partage des biens avitins, de patrimoine ou de souche.

*
**

Le droit d'aînesse répond si bien aux besoins des populations basques, que, dans les provinces où le droit successoral commun est applicable, comme le Guipuzcoa et l'Alava, on s'efforce à tout prix d'éviter l'ouverture d'une succession *ab intestat*. Vicario et de la Peña, dans leur *Droit coutumier de Biscaye*, H. Yaben dans son ouvrage sur *Les contrats de mariage en Navarre*, et Uriarte Lebario dans sa thèse sur *Le Fuero de Ayala*¹, nous révèlent quelques-uns des procédés ordinairement employés pour tourner les dispositions légales sur la légitime des cadets, moyens également connus de nos Basques français : institution contractuelle par contrat de mariage, institution d'héritier par voie testamentaire, testament partage.

Si le père de famille décède subitement sans avoir pu régler sa succession, l'un des enfants (généralement l'aîné), en plein accord avec ses frères et sœurs, et moyennant le paiement d'une dot assez faible, prend en mains la direction de la maison où il entretient le feu sacré. De nos jours encore, en Haute-Navarre, nous apprend H. Yaben (*op. cit.*, p. 177), quand deux parents décèdent sans avoir institué d'héritiers, on ne divise pas la succession entre tous les enfants : un héritier unique est désigné par les parents les plus proches de chaque ligne, qui fixent en même temps la légitime qu'il devra remettre à ses frères. En cas de désaccord, un troisième parent est appelé et sa décision l'emporte.



1. V. *infra*, chap. XXI, p. 404.

CHAPITRE XVIII

Droits patrimoniaux des cadets



CE que nous savons déjà des conditions d'exercice du droit d'aînesse, nous permet d'augurer du sort médiocre des cadets, victimes d'un ordre social attaché avant tout à la conservation des biens dans les familles. Ils n'étaient cependant pas dénués de toute espèce de droits patrimoniaux, droits que l'on peut essayer de ramener à trois. Le puîné pouvait réclamer une légitime, très faible dans les provinces basques, quasi-symbolique en Navarre; il avait le droit de recevoir, lorsqu'il se mariait, une dot des mains de ses parents ou de son aîné; enfin, il pouvait prétendre venir avec l'aîné au partage égal des acquêts. Ces deux derniers points ayant été traités dans des chapitres précédents, nous n'en parlerons que pour rappeler des idées déjà exposées, en consacrant surtout les développements qui vont suivre à l'étude de la légitime.

A) — LA LÉGITIME

Ce n'était pas autre chose que la réserve des cadets, ou, plus exactement, de ceux des enfants qui n'héritaient point. Les Fors basco-béarnais n'en fixaient pas la quotité, que le chef de famille (tout au moins en France) déterminait souverainement, selon l'importance de la succession et le nombre des enfants. C'est ce qui résulte notamment des dispositions des Coutumes de Labourd (XI, 3) et de Soule (XXVI, 3) : « Chacun peut disposer de ses acquêts à son plaisir et volonté,

pourvu que, s'il y a enfants, il laisse à chacun d'iceux quelque chose desdits acquêts, *si peu soit-il*, sans que les enfants puissent autre chose demander. » Et voici ce que dit l'art. 258 du For de Morlaàs : « Est usage en Béarn que si un bourgeois a deux fils, ou trois, ou quatre, et qu'il meure sans leur avoir donné leur part, et qu'ensuite les frères puînés demandent leur part à l'héritier, il doit leur en donner comme à des frères, selon l'héritage que le père aura laissé. » Ainsi, dans la rigueur du droit, tous les enfants, y compris l'aîné s'il n'était pas héritier, n'avaient, sur les acquêts de leurs parents, qu'une réserve de principe.

Réserve de principe, sans doute, mais non pas dérisoire, comme celle de certaines Coutumes des bords de la Loire, dont parle le Conventionnel Chabot : « Suivant les Coutumes d'Anjou et de Touraine, la fille dotée d'un chapeau de roses ne pouvait rien demander de plus. Ainsi les aînés étaient comblés de richesses, et les puînés et les filles, presque entièrement déshérités, n'avaient le plus souvent d'autre ressource que de s'ensevelir dans les cloîtres où ils gémissaient pendant leur vie entière (*sic*), victimes de la barbarie des lois et de la dureté de leurs parents. Telle fut la cause de ces guerres toujours existantes entre les aînés et les cadets, de ces jalousies que la différence des positions aigrissait sans cesse, de ces haines profondes et invétérées qui ont produit tant de crimes et se sont développées de nos jours avec tant de force. Mais il fallait soutenir l'éclat des familles et l'honneur d'un grand nom, et comme, alors, l'éclat et l'honneur résidaient dans les richesses et la puissance non dans les vertus et les talents, on sacrifiait sans pitié à de vaines chimères le bonheur de ses enfants, et, pourvu que l'un d'eux pût jouer un rôle brillant dans le monde, on voyait avec une froide indifférence la situation déplorable de tous les autres. »¹

1. *Tableau de la législation ancienne sur les successions*. Chabot (de l'Allier), né à Montluçon en 1758, mort en 1819, avocat au Parlement avant la Révolution, fut élu député suppléant à la Convention, où il ne fut admis à siéger qu'en 1796. Il fit aussi partie du Conseil des Anciens, puis du Tribunal où il appuya les empiètements successifs de Napoléon, qui le nomma inspecteur général des Ecoles de droit et conseiller à la Chambre des comptes. Il avait pris part à la rédaction du Code civil et composé des ouvrages estimés, dont ce *Tableau de la législation ancienne sur les successions et de la législation nouvelle établie par le Code civil* (1804-1806).

On pouvait craindre que le chef de famille ne substituât ses acquêts au profit de l'aîné, et, par suite, au préjudice des cadets, ou, plus simplement, qu'il n'y eût pas suffisamment d'acquêts pour fournir aux cadets une légitime convenable. Aussi, le For de Basse-Navarre (art. 4, rub. XXVII) prévoit-il que « les père et mère aparceront leurs enfants de leurs biens acquêts, et, à défaut ou insuffisance d'iceux, ils donneront ou suppléeront de ceux avitins ou de papoage honnêtement et modérément, ayant égard aux charges et support de leurs maisons et biens. »

La légitime consistait habituellement en effets mobiliers, têtes de bétail (acquêts) et plus rarement en immeubles (avitins). Elle n'était généralement payée aux cadets que le jour de leur mariage. Lorsque les cadets avaient été mariés par leur père, par leur mère ou par un aïeul, comme ils avaient reçu une dot à cette occasion, l'aîné, lors de l'ouverture de la succession, n'était tenu de leur remettre que le quart de leur légitime (de celle à laquelle ils auraient pu prétendre s'ils n'avaient été mariés), et ils ne pouvaient autre chose quereller ou demander à la succession (Labourd, XII, 20). Cette légitime devait évidemment être fonction de la valeur des biens au jour de l'ouverture de la succession, ainsi que du nombre des enfants. Il est probable que, malgré le caractère de généralité des termes de l'article précédent, celui-ci ne devait s'appliquer, en fait, qu'aux cadets mariés qui ne travaillaient pas au profit et utilité de la maison, car si les cadettes, demeuraient au foyer familial, pouvaient prétendre à la totalité de leur légitime, il n'y avait pas de raison pour que les puînés mâles, dans la même situation, fussent désavantagés par rapport à leurs sœurs.

Ce qu'il faut retenir des art. 19 et 20, rubrique XII de la Coutume de Labourd, comme de l'art. 34, rubrique XXVII de la Coutume de Soule, c'est que cadets et cadettes étaient punis de ne pas travailler à la prospérité de la maison. Disposition sans doute rigoureuse, mais cependant en harmonie avec le principe économique à la base de l'ancien droit basque; d'autant mieux que les cadets ou les cadettes qui avaient épousé des héritières ou des héritiers étaient censés trouver

dans la famille de leur conjoint tout ce qui était nécessaire à leur subsistance.

On doit néanmoins laisser au cadet quelque chose d'honnête, sinon l'intéressé est regardé comme *prétérit*. Peu importe, d'ailleurs, que les enfants aient été légitimés de façon inégale. Un cadet se plaint de n'avoir reçu que cent écus pour sa part, alors que le *de cujus* en a laissé mille à l'autre puîné. Il est débouté de sa demande, « nos Coutumes n'obligeant pas à bailler les légitimes égales. »



Le For réformé de Béarn (art. 5, rub. « des Successions ») prévoit ce qui se passera si le chef de famille n'a pas lui-même réglé les légitimes de ses puînés : elles devront être fixées par ses quatre plus proches parents, dont la décision sera sans appel. Il semble que cet article n'était pas exactement observé en pratique. Les quatre plus proches parents n'étaient pas toujours tels pour la raison que tous n'étaient pas pris du côté paternel ; deux d'entre eux étaient ordinairement les plus proches lignagers maternels du légitimaire, car la légitime était due tant sur les biens de la mère que sur ceux du père. En second lieu, ces parents ne jouissaient pas de l'autorité souveraine que le For leur accordait. Maria rapporte que l'on voyait souvent des héritiers ou des puînés se plaindre à la Cour de la manière dont il avait été procédé à la fixation de la légitime. Afin de ne pas contrevenir directement à l'art. 5 du For, les juges ne réformaient pas eux-mêmes la décision des quatre parents. Ils les invitaient seulement à se réunir de nouveau pour régler les légitimes d'une manière plus équitable. Ou bien encore, ils confiaient ce soin à d'autres parents, procédé plus légal ; la Coutume parlant de quatre parents non suspects, il était loisible aux juges de déclarer suspect le premier conseil de famille et de le remplacer par un autre. (Cf. Basse-Navarre, XXVII, 8.)

Cette fixation quelque peu arbitraire, prévue par les textes coutumiers, avait ses inconvénients, et il semble que ceux-ci furent en Béarn suffisamment sensibles pour qu'on ait éprouvé

le besoin d'adopter dans cette province, pour le règlement des légitimes, un procédé introduit par Justinien dans la Novelle 118 et qu'on exprime généralement en ces termes :

*Quatuor aut infra natis, dant jura trientem,
Semissem vero dant, natis quinque vel ultra.*

C'est l'authentique *De semisse et triente*. S'il y a quatre enfants au moins, on doit laisser à l'héritier les deux tiers du patrimoine. Le dernier tiers doit être partagé également entre tous les enfants, en y comprenant même l'aîné qui prend sa part comme les autres. S'il y a cinq enfants ou plus, l'héritier a droit à la moitié de la succession. L'autre moitié est partagée entre tous les enfants, y compris l'aîné, comme il vient d'être dit.

Ce mode de règlement était-il obligatoire? Sans doute, les chefs de famille, fixant les légitimes de leurs puînés, adoptaient souvent, pour plus de simplicité, les dispositions de la Novelle *De semisse et triente*. Mais ils n'y étaient pas contraints et, soit que la légitime fût fournie par testament, soit qu'elle le fût par contrat de mariage, le père la réglait comme il l'entendait, pourvu qu'elle ne fût point dérisoire. En toute autre circonstance, l'art. 6 du For réformé de Béarn (même rubrique) refusait formellement au légitimaire l'action en supplément de légitime.

Puis, d'après Mourot, on en vint à faire une distinction. Lorsque la légitime avait été fixée dans le contrat de mariage du cadet, ce dernier ne pouvait, au décès de son auteur, exercer l'action en supplément. Ayant joui du vivant de son père de sa part héréditaire, alors que celle-ci ne lui était pas encore due, il s'est trouvé, en quelque sorte, associé à la bonne ou à la mauvaise fortune de la famille: si le patrimoine familial était venu à décroître, il aurait sans doute recueilli dans la succession de son auteur une part inférieure à celle qui lui avait été attribuée dans son contrat de mariage. Il n'a donc rien à réclamer si le patrimoine de ses parents s'est accru. Si, au contraire, la légitime a été fixée par testament et qu'elle soit inférieure à celle déterminée par la Novelle 118, le cadet pourra s'en faire délivrer une conforme à la disposition de cette Novelle, d'après le calcul des quatre proches.

Car « sur les biens vinclés, dit Labourd, le père doit justice exacte ». Tandis qu'il n'est point tenu de légitimer ses enfants avec des biens disponibles



Vers 1770, nous rapporte Dupont (*op. cit.*, p. 87), l'adjudicataire général des Fermes prétendit faire payer le droit de centième denier aux puînés qui recevaient leurs légitimes en immeubles. Cet impôt, établi par un édit de décembre 1703, était dû pour chaque transmission d'immeubles, à titre onéreux ou gratuit, par acte entre vifs ou testamentaire, sauf lorsqu'il s'agissait d'une mutation en ligne directe. D'après le fermier général, l'aîné est, en Béarn, seul héritier. Donc, les autres ayant droit à la succession ne le sont point. Ils sont créanciers de leur légitime. Si l'aîné paie la légitime en argent, il ne fait qu'acquitter une dette, mais s'il remet à ses cadets des immeubles, cette opération constitue une dation en paiement, non un paiement. Il y a transmission en ligne collatérale non exempte, donc le cadet doit payer les droits.

Raisonnement un peu spécieux, car il est évident que les légitimaires reçoivent les immeubles, non de leur frère aîné, mais plutôt du *de cujus* de qui ils tiennent leurs droits. L'aîné n'est tenu que d'une obligation alternative : immeubles ou argent. La loi ne fait que lui donner une option. Il y a bien là transmission en ligne directe : aucun droit de centième denier n'est dû.

Le Conseil du Roi, par un arrêt du 23 septembre 1778, fit droit aux réclamations du Béarn et condamna les prétentions du fisc. Les Etats de Béarn n'avaient pas manqué de souligner que les cadets recueillaient leurs légitimes à titre de cohéritiers en vertu de la règle : « Le mort saisit le vif », qui n'a pas moins d'empire en Béarn qu'ailleurs. D'autre part, « le titre d'héritier universel que la Coutume défère à l'aîné n'empêche point que les cadets ne soient respectivement propriétaires, jusqu'à concurrence de leur légitime. La loi leur réserve cette légitime, en même temps qu'elle fait l'aîné héritier universel. »

Commentant la Coutume de Béarn, Mourot estime que, à son avis, le légitimaire est bien un créancier (*Traité des légitimes*) : « En troisième lieu, dit-il, la légitime n'étant pas une quote d'hérédité, mais une quote de biens, le légitimaire ne peut se mettre en possession de sa propre autorité, ni s'y maintenir. Les légitimaires n'ont pas la saisine et sont réduits, dans presque toutes les actions relatives à leur droit, à la simple qualité de créanciers. » En ce sens, un arrêt du 1^{er} avril 1743.

Par ailleurs, nous dit Mourot, dans le ressort du Parlement de Navarre les légitimes sont payées aux cadets, déduction faite des dettes. Or, si on admet que le légitimaire est créancier de la succession, il n'est guère privilégié, puisqu'il n'est payé qu'après les autres. Il ne peut être créancier que dans ses rapports avec l'héritier. Et le Parlement de Navarre, répondant à la dix-neuvième question posée par M. le chancelier concernant les testaments (si la légitime doit être laissée à titre d'institution), s'exprime en ces termes ¹ : « Il est certain parmi nous qu'il n'est pas nécessaire que la légitime soit laissée à titre d'institution, parce qu'il n'y a en Béarn et en Navarre qu'un seul héritier dans les successions *ab intestat* en ligne directe ou collatérale. Il est d'un usage constant, dans le ressort de ce Parlement, qu'on ne laisse la légitime aux cadets et aux cadettes que par voie de legs seulement et que l'institution n'est nécessaire qu'à l'égard de l'héritier universel : tous les autres sont légitimaires. » Ceux-ci sont donc les légataires obligatoires. Quant à savoir s'ils ont le titre de propriétaires ou de créanciers, il suffit de distinguer : si la légitime des cadets a été fixée par le *de cujus* en corps certains, ils sont propriétaires du jour du décès ; si le *de cujus* ne leur a laissé qu'une somme à prendre sur la succession, ils sont créanciers, du moins vis-à-vis de l'aîné qui doit les payer.

Le légitimaire est cependant considéré, à certains points de vue, comme un véritable cohéritier. D'abord, les biens composant sa réserve peuvent devenir sur sa tête biens avitins, s'il en est le troisième possesseur. Ensuite, un prim ou maître jeune (l'enfant aîné du frère aîné, par exemple) ne peut enle-

1. Collection d'édits, déclarations, ordonnances, enregistrés au Parlement de Navarre, t. III, pp. 204 et suiv.

ver au légitimaire, par la voie du retrait lignager, les avitins à lui donnés en paiement de sa part. C'est que les cadets n'en continuent pas moins à faire partie de la famille. Et le principe de la conservation intégrale des patrimoines étant pleinement satisfait, rien ne s'oppose à ce que l'on rende aux puînés le titre de successeurs, titre qui, selon le droit naturel, doit leur appartenir dans tous les cas.

Par contre, les cadets n'étant pas véritablement des héritiers, ne peuvent, sans l'assentiment de l'aîné, se mettre eux-mêmes en possession de leurs parts, car ils n'ont pas la saisine. On leur accorde, jusqu'à ce que la liquidation soit terminée, une provision pécuniaire imputable sur ce qui leur est dû. De plus, ils ont le droit de faire calculer leur légitime sur les biens existant lors du décès de leurs parents et non sur ce qu'il peut en rester une fois que les créanciers personnels de l'héritier se seront remplis de leurs droits.

Un enfant pouvait-il demander que sa légitime fût prélevée sur la dot de sa mère, même quand le père avait déclaré qu'il devait se contenter de celle qu'il lui fournissait? Pour éviter toute difficulté, les pères de famille, tout au moins en Béarn, prenaient l'habitude d'indiquer, lorsqu'ils fixaient des légitimes, qu'elles étaient prises tant sur les biens maternels que paternels. Des arrêts rendus par le Parlement de Navarre de 1647 à 1650 ont fini par admettre que le père qui légitime ses enfants par testament ou contrat de mariage est censé le faire tant sur les biens paternels que maternels, même s'il ne s'en est pas formellement exprimé.

L'obligation de laisser au cadet sa réserve ne disparaissait que s'il y avait juste motif d'exhérédation. (V. *infra*: Exhérédation.)

*
**

Malgré la faiblesse de leurs émoluments, les légitimaires n'en peuvent disposer à leur fantaisie. Le droit de retour est légal et général: il s'applique à toutes les légitimes. Celles-ci sont considérées comme biens de souche sur la tête des enfants, et par conséquent indisponibles. Ainsi que le mentionne expres-

sément le For de Basse-Navarre, les légitimes dotales et non-dotales, mêmes constituées en acquêts, sont regardées comme propres et, comme tels, soumises au droit de retour dans leur intégralité. Bela estime que les deniers dotants, meubles, joyaux, etc., suivent en matière de succession le sort des choses avitines. Ce qui prouve qu'à cette époque, les juristes et l'opinion s'habituèrent difficilement à l'idée de voir les acquêts échapper insensiblement à l'emprise familiale. Le retour intégral des légitimes, qui s'expliquait parfaitement dans les Coutumes de Barèges et du Lavedan à l'époque où les acquêts faisaient partie du fidéicommiss coutumier, aurait dû faire place, lors de la rédaction des Coutumes basques, à un droit de retour partiel, le retour intégral n'ayant lieu que quand le chef de famille substituait expressément les acquêts entrant dans la composition de la légitime.

Le droit de retour de l'ascendant donateur s'appliquait *a fortiori* aux biens avitins; même en Navarre, où l'ascendant donateur les recueillait *potius jure reversionis quam jure hereditario*. A côté de ce retour légal existait aussi en Béarn le retour conventionnel qui pouvait avoir lieu au bénéfice des ascendants comme au profit des collatéraux ou de leurs héritiers. Jugé en l'espèce suivante : un père de famille avait donné à son fils cadet un immeuble en paiement de sa légitime, avec droit de retour stipulé en faveur de ses propres héritiers. Le fils étant mort sans postérité, l'immeuble revint à un collatéral héritier du père prédécédé. Il fut jugé que le fils avait formé pour l'avitinage le deuxième degré et le collatéral, le troisième, bien que ce dernier n'eût recueilli l'immeuble qu'en sa qualité de tourniste et non en sa qualité d'héritier du légitimaire.

Donc, en cas de décès du légitimaire sans enfants ni descendants, la légitime revient à la maison d'où elle est sortie, à l'héritier qui l'a payée, et ce, quelle que soit l'époque où la postérité du cadet vienne à disparaître. Le droit de retour légal, dont le Code civil limite le bénéfice à quelques parents seulement, était établi, dans nos Coutumes, au profit de la famille, ou, mieux, de la « Maison ». C'est ce qu'exprime le For de Basse-Navarre (XXVII, 5).

En résumé, de ce fait que les légitimes sont considérées

comme biens de souche sur la tête des enfants, il résulte que : 1° elles sont, durant la vie de leur titulaire, indisponibles¹; 2° à leur décès sons postérité, reversibles; 3° lorsqu'elles sont constituées par des acquêts, ceux-ci deviennent biens avitins à leur passage sur la tête du petit-fils, car l'ordre normal des successions est respecté et l'héritage n'est pas transmis au préjudice de l'aîné. Enfin, tous les légitimaires doivent, le cas échéant, le rapport, y compris l'aîné.

B) — LA LÉGITIME AU PAYS BASQUE ESPAGNOL

Nous nous proposons d'examiner successivement la réserve des cadets dans les provinces basques régies par le droit commun (Guipuzcoa et Alava) et dans celles dont les lois contenaient des dispositions particulières sur la question (Biscaye et Navarre).

a) *En Guipuzcoa et en Alava*

Avant l'apparition du *Fuero Juzgo*, il semble que la liberté absolue de tester était assez universellement admise. Il faut croire que cette pratique donnait lieu à des abus. Pour y remédier, la loi 21, titre II, livre IV du *Fuero Juzgo* (711 ?) disposa que les personnes qui laisseraient une descendance ne pourraient léguer à des étrangers plus du quint de leurs biens (réserve des quatre quints). Cependant, le père de famille pouvait léguer à l'un de ses enfants ou descendants le tiers de tous ses biens à titre de *mejora* (avantage). On commençait par imputer cette *mejora* sur la masse; du surplus on déduisait le quint disponible; le reste constituait la réserve. Cette disposition fut reproduite dans le *Fuero Real* de 1254 (lois 10 tit. V, et 7 tit. XII liv. III). Un doute s'était élevé sur le point de savoir si, de son vivant, le père de famille ne pouvait user du quint disponible en faveur d'un étranger, tout en conservant la faculté d'utiliser un second quint sous

1. Labourd (v, 1) et Soule (xvii, 1) pour les dispositions entre vifs; — Labourd (xi, 4), Soule (vi, 4) pour les testaments.

forme de legs à titre particulier. La loi 28 de Toro (1417) décida que le disponible ne serait jamais que d'un seul quint. Le père pouvait en outre disposer du tiers des quatre quints restants en faveur d'un de ses enfants ou descendants, si bien que les auteurs durent établir une distinction entre la légitime au sens large du terme (les quatre quints) ou réserve des descendants, et la légitime au sens strict (les deux tiers de ces quatre quints) que l'on devait répartir par parts égales entre les enfants.

Cette distinction entre *los tercios de legitima* et le *tertio de mejora* qu'il est possible d'attribuer par préciput à l'un des descendants, est encore actuelle. Le quantum de la réserve, en droit espagnol commun contemporain, est donc fixe, ainsi qu'il l'était déjà sous le Fuero Juzgo. Le testateur ne peut priver ses héritiers de leur légitime qu'en cas d'exhérédation; les parts réservataires ne peuvent être grevées d'aucune charge ou substitution et leurs bénéficiaires éventuels ne peuvent renoncer d'avance à leurs droits.

b) *En Biscaye*

La légitime prévue par le For de Biscaye se rapprochait beaucoup de celle du droit commun. Les légitimaires étaient assez nombreux (art. 11 et 14, tit. XX du For) : enfants légitimes et leurs descendants, enfants naturels; à leur défaut, ascendants légitimes; et, à défaut d'ascendants légitimes, les parents les plus proches du côté du propriétaire (*profincos tronqueros*), c'est-à-dire les parents de la ligne d'où viennent les biens jusqu'au quatrième degré civil inclus.

La réserve des descendants légitimes et des enfants naturels était des quatre quints. Le dernier quint constituait le disponible sur lequel devaient s'imputer les dettes. Mais les parents avaient la faculté, à condition de donner quelque terre à chacun des enfants, d'avantager sensiblement l'un d'eux. On peut donc dire qu'en Biscaye, la légitime des descendants se divisait en deux parts. L'une était ce *algun tanto de tierra, poco o mucho*, qu'exprimait le For; c'était, au sens strict du mot, la réserve, dont la quotité, comme dans nos Coutumes

basques françaises, n'était pas déterminée. L'autre était constituée par tout ce qui subsistait des quatre quints lorsque les cadets avaient reçu leur part d'immeubles. Le testateur pouvait en disposer, à titre de *mejora*, en faveur de celui de ses enfants qu'il désirait avantager. Se basant sur ce qu'en fait la légitime de certains cadets était souvent bien mince, certains auteurs, comme Gutierrez, ont prétendu qu'il n'existait en Biscaye aucune réserve digne de ce nom, opinion difficilement soutenable puisqu'il y avait, tout au moins, une réserve globale qui était celle des quatre quintes.

On déterminait la réserve d'après l'importance des biens existant à la mort du disposant, sans déduction des dettes ou des charges qui venaient grever le quint disponible. Il n'était donc pas possible d'engager ou de grever de façon peu importante le bien de famille qui devait revenir aux enfants; on ne pouvait assortir de clauses de réversion, substitution ou retour que les biens meubles, susceptibles d'échapper au partage. (Loi 7, tit. XXI.)

c) *En Navarre*

La liberté de disposer entre vifs et par testament qui, nous l'avons vu, avait disparu d'assez bonne heure en droit castillan, avait subsisté jusqu'à nos jours dans le droit haut-navarrais, dont elle ne constituait pas l'un des traits les moins curieux. Ici, nous voyons la légitime fondre en quelque sorte petit à petit, pour en arriver à n'être plus que purement symbolique. C'est la légitime forale, ainsi appelée, non pas parce qu'elle était réglementée expressément par le For, mais parce qu'une pratique purement coutumière l'avait instituée au lieu et place de celle effectivement prévue et qui constituait la véritable légitime forale. C'était elle qu'il était nécessaire de léguer à son légataire, si l'on voulait pouvoir disposer librement de ses biens. Cela prouvait que le testateur n'avait pas oublié ses descendants.

Car, en Haute-Navarre, il n'y a de légataires que les descendants enfants légitimes ou légitimés par mariage subséquent, enfants naturels simples (à l'exclusion des enfants natu-

rels posthumes, qui n'héritaient pas de leur père si celui-ci était mort en ignorant la grossesse de la mère), descendants d'enfants légitimes ou naturels qui venaient par représentation. Le droit d'usufruit du conjoint survivant n'avait point le caractère d'une légitime.

Primitivement, et d'après le For General (chap. II, tit. XIX, liv. III), les enfants de vilains ou de laboureurs étaient héritiers obligés; ils avaient des droits égaux sur les immeubles; mais le père pouvait les avantager en ce qui concernait les meubles¹. Par contre, le gentilhomme (*rico hombre o infanzón*) non laboureur pouvait avantager un de ses enfants sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les meubles et les immeubles, à part l'obligation de laisser au moins un immeuble (*heredad*) aux moins favorisés d'entre eux. L'aïeul ou l'aïeule, à défaut du père ou de la mère, avait la même obligation (chap. IV, tit. IV, liv. II).

Quelque modeste que fût cette légitime, elle devait être considérée comme un obstacle par certaines familles nobles. Elles obtinrent d'abord des Cortés de Pampelune et du Roi (1576) l'adoption d'une loi permettant de n'attribuer qu'à un seul des enfants à naître du mariage les biens constitués en dot aux jeunes époux, mais grevés de substitution au profit de leurs enfants. (Loi 4, tit. VII, liv. III de la N. R.)

« Vu qu'il est de règle de disposer dans les contrats de mariage que les enfants à naître hériteront des biens des contractants. Comme il y a doute sur le point de savoir si ces enfants doivent succéder également, même quand les parents en disposent autrement. Vu qu'il y a sur ce point de nombreux procès en cours et qu'il importe d'en tarir la source, nous supplions Votre Majesté d'ordonner (*mande assentar por ley*) que les parents auront la faculté d'appeler leurs enfants à la succession desdits biens comme il leur semblera bon; qu'ils auront la possibilité de tout laisser à l'un d'entre eux et d'exclure les autres avec leur légitime, car telle est l'intention de la majorité des stipulants. Que le

1. « Ningun villano non puede dar heredamiento a ninguno ni a creatura ninguna mas a una creatura que a otras, para siempre, más puede dar en casamiento una vîna, o una pieza para en su vida, et non para en su muert. Empero puede dar del mueble, de ganado, de ropa et de conducho, et de osteilla mas a una creatura que a otra, para todos tiempos. »

bénéfice de cette disposition ne soit pas étendu aux laboureurs ni aux vilains, mais qu'il en soit ainsi dorénavant, même en ce qui concerne les contrats existants, pourvu qu'il n'y ait point litispendance.

« DÉCRET: Vu le chapitre susdit et pour complaire aux trois états nous ordonnons qu'il soit fait comme le royaume le demande, à moins que les donateurs n'aient manifesté expressément une volonté contraire. Nous voulons que les notaires attirent spécialement sur ces dispositions l'attention des contractants et qu'il reste trace de cet avertissement. Et ce, à peine de suspension. »

Ces dispositions furent complétées par les suivantes :

« Par la loi 11 du premier cahier des Cortés de Pampelune de 1576, il a été ordonné que les personnes appelées à recueillir des biens donnés en faveur d'un mariage, y succèderaient à la volonté des parents et des donateurs. Les raisons déjà exposées veulent qu'il en aille de même à l'égard de toutes les dispositions de dernière volonté ou d'actes entre vifs portant substitution. Nous supplions donc Votre Majesté de consentir à ce que les effets de la susdite loi s'étendent à toutes les dispositions de dernière volonté et à tous les contrats entre vifs.

« DÉCRET: Vu, etc... » (Loi 5 du tit. VII, liv. III de la N. R.)

Puis, obéissant à la tendance générale qui les poussait à transmettre leur patrimoine familial intact, les nobles navarrais prirent l'habitude de limiter la légitime de leurs enfants non héritiers ou de leurs cadets à cinq sous carlins et à un arpent de terre sur les communaux, ou, plus exactement, à la jouissance de cet arpent. Ce symbole fut accepté par les Cortés de Pampelune qui l'élevèrent en 1688 à la hauteur d'un principe légal (loi 16, tit. XIII, liv. III de la N. R.).

« En vertu d'un usage incontesté et toujours observé, les parents légitimes et naturels ont, en ce royaume, le droit de disposer librement de tous leurs biens, sans que leurs enfants ne puissent prétendre à autre chose dans leur succession qu'à leur part de légitime forale que notre Coutume fixe à cinq sols et à un arpent (*robada*) de terre sur les monts communs, disposition qui a été admise comme juste. Certains juristes et

certain magistral ont pensé que cette Coutume ne devait jouer que quand la personne avantagée était un descendant, alors que la pratique l'entend également au cas où l'héritier institué est un étranger. Afin qu'il ne subsiste aucun doute sur ce point, nous supplions Votre Majesté d'ordonner que les parents qui ne seront point laboureurs pourront continuer à user de cette liberté de la façon la plus absolue. »

Il est encore question de cette légitime symbolique dans la loi 48 des Cortés de 1765-1766 relative à la protection des enfants nés d'un premier mariage, et que nous retrouverons à propos des droits et obligations du conjoint survivant. Il s'agissait de concilier les nécessités de cette protection avec le principe de libre disposition, tel que le rappelle la loi dans son préambule :

« Les trois Etats de ce royaume, convoqués et réunis en Cortés générales sur l'ordre de Sa Majesté. Disons : Que par la loi 16, lib. III, tit. XIII de la N. R. on observe la coutume ancestrale d'après laquelle les pères légitimes ou naturels, non laboureurs, peuvent disposer de tous leurs biens en ne laissant à chacun de leurs enfants qu'une légitime de cinq sols et d'une robada de terre sur les communaux, et que ceci a toujours effet, exception faite toutefois de l'hypothèse où le disposant, ayant des enfants d'un premier lit, aurait convolé en secondes ou subséquentes noces, auquel cas il y aura lieu d'avoir égard aux dispositions de la loi *Feminæ y hac edictali codice de secundiis nuptiis*. »

En droit, les dispositions législatives précédentes ne paraissaient s'adresser qu'aux personnes de noble condition, et cependant la pratique n'hésitait pas à étendre aux laboureurs le bénéfice de la liberté absolue de disposer, si utile à la conservation du patrimoine familial, et qui n'était guère tempérée que par la disposition de la loi 48 des Cortés de 1765, dans l'hypothèse où il y avait des enfants d'un premier lit. C'est que, comme le constate Morales, dès que disparurent les inégalités civiles entre les classes sociales, il n'y eut plus de Fors différents, et ainsi devint-il de pratique constante en Navarre que les habitants du pays avaient le droit de disposer librement de leurs biens et immeubles situés dans les limites de la Province.

Cependant, l'usage qui était fait de cette liberté suscita maints procès, les légitimaires évincés usant de tous les moyens juridiques en leur pouvoir pour obtenir une part d'héritage plus substantielle, ainsi qu'en témoigne un arrêt de 1864 rendu dans une affaire assez curieuse et qui nous paraît illustrer fidèlement quelques notions déjà rencontrées.

« En la ville et Cour de Madrid, le 28 juin 1864, dans l'instance pendante devant nous par suite du recours en cassation formé contre un arrêt de la Première Chambre de la Real Audiencia de Pampelune réformant une décision du Tribunal de première instance de Tudèle, dans un litige mettant aux prises dame Lucia Martinez et ses frères et sœur Sinforiano et Jeanne Martinez, enfants et successeurs de leur mère, Teresa Jaureguy, sur ce que soit déclaré sans valeur et efficacité, un testament.

« Attendu qu'en la ville de Tudèle, le 18 octobre 1851, Ramon Martinez et son épouse Teresa Jaureguy firent un testament, où, conformément au Fuero et aux lois de Navarre, ils appelèrent à leur succession leurs quatre enfants, Lucie, Jeanne, Benoît et Symphorien, léguant à chacun d'eux, à titre de meubles, cinq *suelos febles* et, pour immeubles, deux *robadas* de terre sur les monts communs du pays où ils viendraient à décéder, et s'instituant réciproquement l'un et l'autre comme leur héritier universel, et s'obligeant en outre à ne léguer aucune parcelle de leur patrimoine à leur fille Lucie, femme de Raphaël Ramirez ;

« Attendu que la dame Lucie Martinez, épouse Ramirez, dûment autorisée à ester en justice, fit, le 3 mai 1861, une demande exposant que, quoique ses parents lui eussent laissé dans leur testament la légitime forale, comme à ses autres frères et sœurs, cette exhérédation indirecte s'était muée en exhérédation expresse de par les dispositions postérieures du testament, qu'il fallait, en conséquence, appliquer non pas le Fuero particulier de Navarre ¹, mais le chapitre VIII, titre IV du Fuero General, où il est dit que l'exhérédation sera tenue pour nulle si quelqu'un des motifs indiqués dans le For ne se rencontre pas ; que, par conséquent, cette exhérédation est nulle et qu'elle est la seule à pouvoir réclamer l'héritage, ses frères se trouvant exclus comme ayant déjà reçu la légitime du Fuero. Ce n'est donc que si elle avait été véritablement déshéritée que sa mère eût pu être

1. Il semble que les magistrats aient entendu désigner, par cette expression les lois postérieures au Fuero General qui confèrent l'existence légale à la légitime navarraise.

valablement instituée seule héritière; cette condition faisant défaut, elle devait venir au moins avec sa mère au partage de la succession;

« Attendu qu'en première instance, la dame Teresa Jaureguay a repoussé cette demande, soutenant qu'aux termes des lois navarraises, les parents peuvent librement disposer de l'intégralité de leurs biens, même en faveur d'un étranger, et que, bien que dans le vieux For il fût spécifié que le père ne pourrait déshériter ses enfants sans cause déterminée, la pratique était en sens contraire, que, venant corriger les dispositions du For, elle avait force de loi, et que, partant, la clause restrictive portée au testament conservait toute sa valeur et toute son efficacité;

« Attendu que Symphorien et Jeanne Martinez, héritiers et ayant cause de la dame Teresa Jaureguay, ayant été, sur appel de cette dernière, absous de la demande par un arrêt de la Real Audiencia de Pampelune en date du 21 novembre 1862, la dame Lucie Martinez a formé contre cette décision un recours en cassation, fondé sur la violation des lois suivantes :

« Du chapitre VIII, titre IV, livre II du *Fuero General* de Navarre, qui dispose que les enfants ne peuvent être déshérités que pour un des motifs qu'il énumère.

« De la loi 16, titre XIII, livre III de la N. R., qui ne supprime pas la nécessité d'indiquer le motif de l'exhérédation quand on ne laisse pas la légitime à l'enfant;

« De la loi 21, titre II, livre XXVIII du *Digeste*, établissant que les dispositions finales d'un testament peuvent déroger aux clauses antérieures;

« De la loi 101, titre I, livre LV du même *Digeste*, qui stipule que l'on doit se conformer à la volonté des testateurs, plus qu'à la manière dont elle est exprimée;

« De la loi 188, titre XVII, livre L du même recueil, qui prévoit que, lorsqu'il y a des dispositions testamentaires contradictoires, aucune d'elles ne vaut;

« De la loi 10, titre VII, partie VI, qui exige, pour qu'une exhérédation soit valable, que la cause en soit exprimée;

« Et enfin de la doctrine admise et toujours observée en Navarre, aux termes de laquelle l'exhérédation directe ne peut résulter que de l'une des circonstances mentionnées au For, circonstance dont l'existence doit être établie par le testateur ou l'héritier;

« Le Ministère public entendu :

« Attendu qu'aux termes de la loi 16, titre XIII, livre III

de la N. R. du royaume de Navarre, les parents jouissent de la liberté absolue de disposer de leurs biens comme ils le désirent, même en faveur d'un étranger, pourvu qu'ils laissent à leurs descendants la légitime du Fuero consistant en cinq sous faibles et en une *robada* de terre sur les monts communs;

« Attendu que D. Ramon Martinez et dame Teresa Jau-reguy se sont conformés à cette obligation dans le testament objet du présent procès, en laissant à chacun de leurs quatre enfants ladite légitime forale, bien qu'ils les aient exclus de leurs successions en ce qui concernait leurs autres biens;

« Attendu que les deux conjoints s'étant par la suite institués réciproquement héritiers, purent s'imposer les restrictions qu'ils jugeaient convenables, et qu'en s'engageant à ne laisser aucun bien à la demanderesse, ils ne crurent pas nécessaire d'en donner la raison, vu qu'ils ne préjudiciaient pas à ses droits puisqu'elle conservait sa légitime;

« Attendu donc que le chapitre VIII, titre IV, livre II du Fuero General de Navarre ne joue que quand le testateur déshérite ses enfants sans leur laisser même la légitime forale, ce qu'il ne peut faire en l'absence d'un des motifs prévus par le For, ce qui n'est pas le cas en la présente espèce;

« Attendu au surplus qu'il n'existe aucune contradiction entre les dispositions du second testament et celles du premier et que la sentence attaquée, en déboutant les demandeurs, ne viole ni les dispositions du Fuero de Navarre ni les textes cités à l'appui du recours;

« Déclarons non fondé le recours en cassation formé par dame Lucia Martinez, la condamnons aux dépens, maintenons la décision entreprise et ordonnons que le dossier sera restitué, avec le certificat correspondant, à la Cour d'origine. »

On voit combien la légitime des cadets demeure faible en Navarre espagnole. En accroître la quotité se heurte à de grandes difficultés, car il faut toucher à la liberté de tester à laquelle les Basques navarraïis sont très attachés.

C) — DROIT DE RECEVOIR UNE DOT

Nous ne pouvons que rappeler ici certaines notions déjà rencontrées, en priant le lecteur de se reporter aux développements qui ont été ou seront consacrés à cette question à propos du régime de la dot et de l'exhérédation.

Les cadets peuvent recevoir leur légitime soit à titre héréditaire par voie de succession ou de testament, soit à titre de dot. Les textes coutumiers ne parlent que des cadettes; mais en pratique, et si l'on s'en réfère à Bela, une dot était également remise aux cadets. Cette dot a un caractère rémunérateur : elle représente le paiement de services rendus à la maison. Si ces services font défaut, si les cadettes sont allées se procurer des gains au dehors, l'héritier n'est plus tenu de les doter (les textes disent : *de les marier*).

Ce droit au mariage (à la dot) constituait le seul droit véritable des cadettes lorsque la succession ne se composait que de biens avitins : « L'aîné ou aînée, dit l'art. 19, XII, de la Coutume de Labourd, qui succède à ses père et mère, aïeul et aïeule dans les biens de lignée, est tenu pour tout légitime d'iceux biens, marier les sœurs de père et de mère ou du côté dont les biens sont descendus, selon la faculté d'iceux. » Des dispositions analogues se retrouvent dans la Coutume de Soule (XXVII, 34), dans les vieux Fors du Béarn, à Barèges et dans le Lavedan, tout comme en Navarre espagnole et en Aragon. « Si les cadets ou cadettes, nous dit Joaquin Costa (*Droit coutumier du Haut-Aragon*), se marient ou vont s'établir hors de la maison, ils reçoivent une dot fixée d'après l'importance et les ressources de ladite maison, mais qui ne peut empiéter sur la propriété foncière de la communauté familiale. Si le produit de leur pécule égale ou dépasse la dot qui leur est due, l'excédent appartient à la maison et ils n'ont le droit de rien réclamer. La dot même n'est pas tout à fait aliénée; sa valeur est garantie par une hypothèque portant sur les biens de la maison dans laquelle le cadet ou la cadette se dispose à entrer. Elle retourne à la communauté originelle si le cadet meurt sans enfants. »

D) — DROIT A UNE PART DES ACQUÊTS

Tandis que les biens avitins passent en totalité à l'aîné, sauf le droit des cadets à une légitime assez faible, les acquêts sont partagés également entre tous les enfants, sans distinction d'âge ni de sexe.

Les Coutumes précisent ce qu'elles entendent par acquêts. « Sont dits biens acquis et de conquête, les choses acquises, soit par industrie, soit des fruits des biens de lignage et papoaux, non seulement entre les mains du premier acquéreur, mais aussi entre celles de son premier héritier ou successeur. » (Soule, XVII, 6; Labourd, v, 8.) Cette définition est un peu étroite, car elle ne mentionne comme acquêts que les biens acquis par le travail du *de cujus*, et ce dont il a hérité, ainsi que les fruits de ses propres, alors qu'il est probable que l'on considérerait également comme acquêts tous les biens qui n'étaient pas avitins, et, partant, les dons et legs de personnes étrangères à la famille et même les biens familiaux dont la transmission ne s'était pas opérée suivant les règles de l'avitinage. Ces biens suivaient exactement les mêmes règles successorales que les acquêts.

Remarquons aussi qu'il résulte de cet article que le système successoral spécial aux acquêts ne s'applique pas seulement à l'ouverture de la succession de leur possesseur, mais encore à celle de son héritier immédiat. Ce que l'on appelle d'ordinaire les propres naissants s'y trouvent donc compris.

« Es acquêts du décédé sans faire testament, dit la Coutume de Labourd, tous enfants de loyal mariage succèdent par égales portions, sur lesquels acquêts sont payées les funérailles et dettes par le défunt dues. » (Lab., XII, 6; Soule, XVII, 22.)

Il n'y a donc plus de droit d'aînesse. Il n'y a plus à se préoccuper, en matière d'acquêts, de la règle: *Paterna paternis, materna maternis*. On partage également. Il en est de même en Navarre espagnole (ch. III, tit. IV, liv. II du F.G.).

Ce régime successoral admis pour les acquêts était en contradiction très nette avec les principes de la succession aux propres. E. Cordier pense que ces règles étaient une innovation introduite dans les Coutumes basques par les juristes qui les rédigèrent au XVI^e siècle. Ces juristes se seraient inspirés de la Nouvelle 118 de Justinien. Peut-être, animés d'un esprit plus libéral, plus moderne que celui des très anciennes Coutumes, voulurent-ils améliorer le sort des cadets. Peut-être aussi s'aperçurent-ils que, dans les provinces basques, contrées ouvertes au commerce et aux entreprises maritimes, le partage égal d'un patrimoine mobilier souvent important ne pouvait

que favoriser la formation de richesses nouvelles et n'atteignait en rien l'intégrité des droits du chef de la maison sur le domaine familial. Toujours est-il qu'ils prescrivirent le partage égal des acquêts et donnèrent de ces biens une définition assez compréhensive. (Lab., IX, 1; Soule, XVII, 6; B.-Navarre, XX, 8.)

Malgré leurs efforts, les acquêts demeurèrent peu nombreux dans la pratique, surtout dans les familles rurales, et Bela dit, à propos de la Soule, qu'il est très rare que quelqu'un puisse fonder un héritage nouveau. Ce qui se conçoit aisément, car les mesures prises par les Coutumes pour assurer la conservation des biens dans les familles, l'indisponibilité des biens avitins et l'exercice des différents retraits ne facilitaient pas la circulation des richesses. Il était aussi difficile à un cadet, à supposer qu'il fût muni de capitaux suffisants, d'acheter une exploitation ancienne que d'en monter une nouvelle.

Rappelons que les acquêts devaient supporter les dettes des parents lors de l'ouverture de leur succession. (B.-N., XXVII, 13; S., XXIV, 20.)

De plus, et en application d'un principe général déjà rencontré à propos de la dot, les cadets se trouvaient privés de leur part d'acquêts, si, n'ayant pas encore atteint l'âge de leur majorité matrimoniale, ils s'étaient mariés contre le gré du propriétaire du bien de famille. « Si l'enfant, nous dit la Coutume de Labourd, a contracté mariage avant icelui âge de vingt-huit ou de vingt ans suivant qu'il est mâle ou femelle, outre le gré et volonté du père et de la mère de la succession duquel il est question, ou, à défaut de père ou de mère, sans le conseil et vouloir de l'aïeul, aïeule ou autre ascendant à qui il est question de succéder, perd le droit de primogéniture et de succéder également *ou succession égale a lieu* et se doit contenter de la légitime, ci-dessous établie par la Coutume. » (Labourd, XII, 10; Soule, XXVII, 26; Basse-Navarre, XXIV, 6.) Il perd donc droit au partage égal des acquêts, sans toutefois pouvoir être privé de toute légitime; mais celle-ci, nous l'avons vu, pouvait être infime.

Tel était ce régime des acquêts qui venait atténuer un peu la rigueur du sort des cadets. Leur partage n'atteignait en rien l'intégrité des droits du chef de la maison sur le domaine

légué d'âge en âge. Nous ne nous étendrons pas davantage sur cette question déjà effleurée à propos du régime des biens entre époux.



La situation, somme toute assez défavorable des cadets, ne devait pas manquer d'attirer l'attention des auteurs. Bien des cadets ne se mariaient pas, préférant rester dans la maison natale, qui ne subsistait, à vrai dire, que par leur abnégation. Celle-ci dégénérait en passion véritable sans laquelle on ne saurait comprendre, dit Cordier¹, ces existences privées de joies et remplies de labeur. On s'élève contre les rigueurs de la Coutume qui oblige les cadets à demeurer dans la maison, attachés à l'exploitation. Mais, élevés dans ces traditions, leur condition ne leur paraissait nullement fâcheuse. Non seulement ils l'acceptaient sans se plaindre, mais ils prenaient mieux que l'aîné les intérêts de la famille, veillant avec sollicitude et amour sur les enfants que le décès des parents plaçait sous leur garde, augmentant sans cesse le patrimoine commun. L'héritier leur abandonnait parfois quelques têtes de bétail en guise de légitime ou de supplément de légitime et les économies qu'ils réalisaient aidaient à doter un neveu ou une nièce.

Pierre Lhande nous assure que le sacrifice des vieux parents demeurés au foyer n'est pas oublié² et que leur amour de la maison natale leur vaut le respect des jeunes. Ce sont les humbles bienfaiteurs du foyer, presque des anonymes. Ils ont tout fondu dans la communauté, même les plus légitimes aspirations du cœur, dans l'amour des neveux et des petits-neveux, et le naturel désir d'un chez soi, dans le culte du domaine où un autre commande. Ils n'ont pas même la gloire de la maison qu'ils voient passer de leur frère à leur neveu, ou à un étranger qui viendra épouser leur nièce, et continuent, sous les ordres du nouveau chef, l'aumône de leurs services. Que la personne investie de l'autorité change de figure et

1. *Le droit de famille aux Pyrénées*, p. 84.

2. *Autour du foyer basque*, p. 71.

même de nom, cela importe peu : il suffit que le pouvoir soit légitimement transmis.

La situation était, et est encore, absolument la même dans les provinces basques espagnoles et le Haut-Aragon, où, comme nous l'apprend Costa (*op. cit.*, pp. 72 et suiv.), les oncles et les tantes célibataires qui demeurent à la maison y prennent souvent une influence prépondérante; ils se montrent en général les plus zélés à défendre les intérêts indivis de toute la communauté. D'autres personnes sont assises au foyer, ce sont les *donados*, les « adoptifs », ordinairement des domestiques, bergers ou journaliers d'un certain âge qui se sont donnés à la maison, y ont versé leurs épargnes et ont le droit d'y demeurer jusqu'à leur mort, en santé comme en maladie, sous la seule obligation de travailler pour le profit commun aussi longtemps que leurs forces le leur permettront.

La situation de l'aîné n'était pas toujours enviable. Il n'y avait pas grand avantage à être le chef d'une maison pauvre; il y avait même souvent difficulté de pourvoir à cet emploi; alors la maison devait chercher au dehors un chef énergique et capable, susceptible de la bien diriger. (COSTA.)

Il était utile, croyons-nous, d'insister, dans ces quelques pages, sur le sort si particulier qui était fait aux cadets dans les législations successorales des Pyrénées Occidentales.



CHAPITRE XIX

Ascendants et Collatéraux

NOUS allons relever ici des différences assez notables entre nos différentes Coutumes. Celles-ci paraissent s'inspirer davantage de considérations d'ordre économique que du souci d'interpréter la volonté présumée du défunt. Dans l'ensemble, les droits héréditaires des ascendants apparaissent assez maigres. Cependant, nous verrons, notamment à propos de la Haute-Navarre, leur situation s'améliorer progressivement. L'introduction par les juristes de la Novelle 118 de Justinien n'eut pas seulement pour effet d'accroître la part des cadets, elle eut aussi pour conséquence d'ouvrir au bénéfice des ascendants, dans certaines Coutumes, des droits successoraux dont ils ne jouissaient pas auparavant.

A) — CONCOURS DES ASCENDANTS ET DES COLLATÉRAUX (*Pays Basque Français*)

En Soule et dans le Labourd, à défaut d'enfants, les père et mère succèdent, ou l'un deux entièrement, à défaut de l'autre. « S'il n'y a enfants du décédé, dit la Coutume de Soule, les père et mère succèdent également ou le survivant d'entre eux, et, à leur défaut, le plus proche parent du défunt et, dans le cas où il n'y a enfans, le tiers des biens est employé pour les funérailles du décédé. » (Soule, XXVII, 23.) La Coutume de Labourd s'exprime de façon analogue (Lab., XII, 7.)

Du fait que ces articles ne font aucune distinction entre les biens avitins et les acquêts, certains auteurs, notamment MM. de Lagrèze¹ et Tessier² ont conclu que, sous l'empire de ces Coutumes, les droits successoraux des ascendants s'appliquaient à ces deux sortes de biens. Nous croyons, au contraire, que ces articles ne concernent que la succession aux acquêts, qui est spéciale, nous l'avons vu. La place qu'ils occupent le prouve. L'art. 23 de la Coutume de Soule vient immédiatement après l'art. 22 (XXVII) qui règle la succession des acquêts, précisément en ligne directe. Et l'art. 7, rub. XII de la Coutume de Labourd est précédé de l'art. 6 dont l'objet est analogue à celui de l'art. 22 de la Coutume de Soule. Les biens avitins devaient donc aller au collatéral privilégié le plus proche de l'héritier décédé. De plus, les art. 8 (XII) et 24 (XXVII) de nos Coutumes précisent que si le défunt laisse des frères et sœurs, ceux-ci, à défaut d'ascendants, sont préférés à tout oncle, même si ce frère ou si cette sœur n'est que d'un côté, c'est-à-dire n'est que consanguin ou utérin. Mais, en ce dernier cas, ils doivent s'effacer devant le neveu issu d'un frère consanguin.

Quand la succession des ascendants était admise, on ne faisait aucune distinction entre le père et la mère, le grand-père et la grand-mère. S'il ne restait plus que l'un d'eux, c'était lui qui héritait à l'exclusion des frères et sœurs. Mais, étant donné la défaveur marquée des Basques à l'égard des seconds mariages, l'ascendant héritier qui avait convolé en secondes noces était exclu par les collatéraux privilégiés, frères et sœurs du défunt. C'est ce qu'expriment l'art. 25 (XXVII) de la Coutume de Soule, l'art. 9 (XII) de celle de Labourd : « Ce qui est dit que les père et mère succèdent dans les biens acquêts à celui qui est décédé sans enfants, à l'exclusion de ses frères et sœurs, a lieu, lorsque les père et mère n'ont point convolé en secondes noces, car en ce cas, le frère et la sœur de tous côtés est préféré. »

Au contraire, en l'absence d'un second mariage, le tiers de la succession doit être employé en frais de funérailles, les deux autres tiers sont attribués par moitié au père et à la mère

1. *Histoire du droit dans les Pyrénées*, p. 186.

2. *La femme à Bayonne et au pays basque dans l'ancien droit*, p. 54.

et si l'un d'eux est mort, le survivant touchera à lui seul les deux parts. (Soule, XXVII, 23; Labourd, XII, 7.)

En Basse-Navarre, un règlement de 1729, homologué en 1731, nous apprend que si le défunt laisse des frères et sœurs, ceux-ci concourent avec le père et la mère. Ce droit est entièrement conforme à la Nouvelle 118, inspiratrice de notre droit français actuel. C'est ce qui explique que l'édit des mères, rendu en 1567 par Charles IX, fut enregistré sans difficulté. D'après cet édit, les mères ne pouvaient succéder qu'aux meubles acquêts ne provenant pas de la ligne paternelle et à la moitié de l'usufruit des propres seulement. Il fut abrogé par un édit de 1729 également enregistré, cette fois au Parlement de Navarre.

La Coutume de Bayonne distinguait aussi entre les biens avitins et les acquêts et appliquait la règle : « Propres ne remontent ». Les ascendants n'héritaient donc pas des biens avitins ni des acquêts, même provenant de leur propre ligne. Ces biens allaient aux collatéraux (Bayonne, XII, 24 et 25). Décision qui peut paraître bizarre au premier abord et contraire à l'esprit de nos Coutumes, mais qui, en réalité, était parfaitement conforme au principe de la conservation des biens dans les familles, comme tendant à éviter que des biens ne passent de la ligne paternelle dans la ligne maternelle et vice-versa, ce qui aurait pu arriver si, par exemple, la mère avait pu hériter de son fils après que celui-ci eût déjà recueilli la succession paternelle.

B) — EXCLUSION DES ASCENDANTS PAR LES COLLATÉRAUX

(Béarn et Fors espagnols)

La Coutume béarnaise était plus sévère encore, car elle excluait complètement les ascendants au profit des collatéraux privilégiés : on n'admet qu'un seul ordre d'héritiers et même qu'un seul héritier et on estime plus conforme à l'intérêt des familles que cet héritier unique soit le frère aîné ou la sœur aînée. Le commentateur Maria, après avoir fait observer que la succession des descendants est de droit naturel,

déclare qu'il n'en est pas de même de celle des ascendants, puisque, suivant la nature, les parents ne succèdent pas à leurs enfants. « Aussi, conclut-il, notre Coutume ne l'admet pas. » Ce qui ne veut pas dire qu'en Béarn, les ascendants communs sont complètement sacrifiés; ils jouissent des biens de la succession, non pas *jure hereditatis*, mais *jure patricæ potestatis*, car ces biens forment, pour le collatéral privilégié, un pécule adventice dont l'usufruit appartient au père de famille, comme en droit romain.

Les ascendants sont exclus en Béarn, non seulement par les frères et sœurs, mais encore par les collatéraux plus éloignés. On aurait pu penser que l'ascendant succéderait du moins aux biens qui provenaient de sa ligne. Il n'en était rien et les collatéraux recueillaient tout l'héritage. On exprimait ce résultat en disant que les successions ne remontaient pas. Cette règle était implicitement formulée par l'art. 1 du For réformé (rub. « des Successions ») qui appelait, à défaut de fils, filles ou autres ascendants, « le plus procha parent », parent désignant ici le seul collatéral. Le 13 avril 1706, la seconde chambre du Parlement de Navarre éprouva cependant quelques doutes sur ce point : elle voulut provoquer, pour élucider cette question, un règlement des Chambres réunies. Sa tentative fut repoussée comme inutile, tant était ferme l'opinion des juristes.

Par là, il semble que le droit béarnais se soit maintenu dans la ligne du droit commun coutumier primitif, qui excluait les ascendants; ce n'est que plus tard, sous l'influence du droit romain, qu'on chercha à leur accorder certains avantages sur la succession de leurs descendants, notamment un droit de retour qui, en Béarn, devait être expressément stipulé. Les commentateurs du XVIII^e siècle croyaient, et sans doute n'avaient-ils pas tout à fait tort, que cette exclusion rigoureuse ne résultait en Béarn que d'une extension abusive de la règle coutumière : « Propres ne remontent », qui signifiait simplement que les biens propres d'une succession ne devaient pas échoir aux descendants ne faisant pas partie de la ligne d'où provenaient ces biens. C'était l'application pure et simple du principe : *Paterna paternis*. Le Béarn, qui tenait avant tout à la conservation des biens dans les familles, s'était

empressé d'adopter cette règle et l'avait appliquée avec rigueur : un ascendant ne succéda même plus aux biens avitins qui provenaient de sa ligne. Puis, comme l'art. 1^{er} de la rubrique des successions¹ ne faisait pas mention expresse des ascendants, on alla plus loin : la doctrine substitua le mot « succession » au mot « propres », et les ascendants n'eurent même plus droit aux biens acquis par leurs descendants. Le silence du For avait rendu possible cette exclusion, que l'institution d'un droit de retour venait seule tempérer.

Il ne semble pas que l'édit des mères, bien qu'il ait été enregistré au Conseil souverain, ait modifié en quoi que ce soit l'état de choses existant en Béarn. Il eût dû leur conférer un droit de succession *ab intestat* que la Coutume leur refusait. Seules parmi les ascendants, les mères eussent recueilli, dans les héritages de leurs descendants, au moins certains acquêts. Or, à l'époque où l'édit et sa révocation furent enregistrés, il n'y eut aucune modification des Coutumes béarnaises en faveur des ascendants². « Il n'y a exemple aucun en Béarn, dit le commentateur Labourt, de la succession *ab intestat* des mères aux biens de leurs enfants. » Cette question ayant été menée au Parlement de Bordeaux en la cause évoquée des héritiers de feu Pierre de Laborde, médecin à Oloron, arrêt fut rendu le 9 février 1657 portant qu'enquête serait faite par Turbes sur cette question. Mais Labourt ajoute que les parties s'étant conciliées, l'enquête n'eut pas lieu, et c'est dommage, car nous aurions eu ainsi une solution définitive. L'enquête eût sans doute permis d'établir que l'édit de 1567 et sa révocation n'intéressaient nullement le droit successoral béarnais. Un certificat des avocats au Parlement de Navarre, délivré le 26 février 1776, constate sans faire

1. « En deffault de filhs, filhes o autres descendentz deu, succedit lo plus prochaas parentz deu costat dont los bées descendent, exclus toutz autres plus prochaas parentz de l'autre costat, servada enter lor prerogativa de sexe et de primogenitura. »

2. La règle *Paterna paternis, materna maternis* s'applique, ainsi que nous le verrons plus loin, non seulement aux avitins, mais aussi aux acquêts du *de cuius*, sauf à ceux qu'il a pu réaliser par son travail, car ceux-ci n'ont aucun caractère paternel ou maternel. Puisque, d'après les commentateurs, les ascendants étaient exclus en vertu de la susdite règle, ils eussent dû au moins recueillir les acquêts de leur enfant. Mais il n'y a en Béarn qu'un héritier, et si nous admettons qu'une succession puisse être double (paternelle et maternelle), il paraît difficile qu'elle puisse être triple : paternelle, maternelle et mixte, cette dernière étant dévolue aux ascendants.

aucune distinction, que les ascendants ne succèdent pas *ab intestat*. La règle « Successions ne remontent » une fois admise, n'a donc été abrogée ni modifiée et s'est appliquée telle quelle jusqu'à la fin de l'Ancien Régime.

En Basse-Navarre, par contre, à la suite de l'abrogation de l'édit des mères, un règlement de 1729, homologué en 1731, permit aux parents de venir en concours avec les frères et sœurs au partage des biens de leurs enfants.



Alors que les législations forales de certaines provinces espagnoles, comme par exemple la Catalogne, mettent sur le même pied l'ordre des ascendants et celui des collatéraux privilégiés, suivant en cela le droit romain, les Fors de Navarre et d'Aragon donnent au contraire la préférence aux collatéraux, contrairement à l'ordre généralement admis. Car, si grande que soit l'affection qui puisse unir deux frères, a dit un auteur castillan, celle-ci ne peut égaler celle que les parents vouent à leurs enfants. « C'est au père et à la mère que doit aller l'héritage d'un enfant décédé sans descendance, et la loi qui l'oublie dresse une barrière de glace entre la douleur du père et la gratitude du fils. »

C'est ainsi qu'en Haute-Navarre, les pères ne succèdent pas à leurs enfants; on donne la préférence aux frères, plus jeunes, plus aptes, plus actifs. On admet la succession par *tronc* (nous disons en France par souche), et les garçons l'emportent sur les filles, sans doute parce que plus aptes au service de l'host. Les parents ne recueillent même pas le pécule de leur enfant, même si ce pécule est adventice et provient de leurs dons : il doit aller aux frères ou aux collatéraux les plus proches du décédé. La *troncalidad*, ou système de la souche, que nous concrétisons en France par la célèbre règle: *Paterna paternis, materna maternis*, est en vigueur dans tout le pays basque espagnol, et quand les Fors de Navarre ou de Biscaye nous parlent des parents (*parientes*), il faut prendre cette expression dans son acception la plus large : elle ne désigne pas les ascendants, mais les parents

collatéraux. C'est ainsi que le For d'Estella de 1164 nous dit que si l'enfant d'une veuve décède pendant sa minorité, les biens provenant de la ligne paternelle doivent être dévolus aux parents de cette ligne, et non pas à la mère ou aux parents de son sang. S'appuyant sur ce précédent, le For général dispose que les biens de toute personne décédée sans enfants iront aux parents de qui ils procèdent par voie de nature (cap. VI, tit. IV, liv. II), les fils n'ayant pu disposer, leur vie durant, en faveur de leurs auteurs, que de biens meubles.

Enfin, nous avons vu que l'*Amejoramiento del Fuero* disposait que les biens dotaux d'une femme morte sans postérité devaient revenir à ceux qui avaient constitué la dot ou à leurs héritiers. A défaut de frère, succède la sœur aînée. A défaut d'enfants et de frères et sœurs, succède l'aîné des neveux, et à défaut de mâles, l'aînée des nièces. S'il n'y a de descendants que d'une sœur, c'est l'aîné de ces neveux qui hérite et, à défaut, l'aînée des nièces.

A l'époque où les législations forales atteignent leur plein épanouissement, c'est-à-dire à partir du XVII^e siècle, les différents ordres d'héritiers sont, en Haute-Navarre, les suivants :

Enfants légitimes, légitimés par mariage subséquent et naturels reconnus. Nous n'y revenons pas.

Frères et autres parents collatéraux sur les biens de souche (*troncales*) quand ces parents appartiennent à la ligne d'où viennent lesdits biens.

Ascendants sur les biens qui ne sont pas de souche ¹.

Collatéraux jusqu'au quatrième degré. Conjoint. Autres collatéraux du cinquième au dixième degré. L'Etat.

Nous entrerons, avec le chapitre suivant, dans le détail de cette législation si différente du droit commun castillan, qui appelait à la succession l'ordre des ascendants immédiatement après celui des descendants. La législation de *las Partidas* (1348) reconnaissait même aux premiers la qualité

1. Castejón nous dit simplement (*op. cit.*, p. 165) que « les biens *troncales* » sont ceux qui proviennent du tronc ou de la famille. Ce qui ne nous apprend pas grand'chose. Il distingue d'ailleurs ces biens *de souche* des biens *avitins*. L'intérêt qu'il y a à distinguer les biens *troncales* ou de souche de ceux qui ne le sont pas se manifeste surtout lorsqu'il y a lieu à dévolution successorale *ab intestat*, alors que la différence existant entre les avitins et les acquêts s'attache à la faculté que l'on a d'en disposer ou non à sa volonté.

de légitimaires. Applicable dans celles des provinces basques qui suivaient le droit commun (Guipuzcoa et Alava), elle fixait leur légitime au tiers des biens du décédé (loi 8, tit. XIII, p. VI). La loi 6 de Toro (1, tit. XX, liv. X de la N. R. de Castille) devait la porter aux deux tiers. Le testateur pouvait librement disposer du tiers restant sauf dans les localités où les biens, d'après la Coutume, devaient revenir au tronc. Le Code de 1889 (art. 809) devait fixer à la moitié de l'héritage le quantum de la légitime à répartir entre les ascendants, en suivant la proximité du degré. Si tous sont au même degré, le partage se fait par lignes et par têtes (art. 810).

Pour éviter que les biens que recueille ainsi l'ascendant ne vienne à passer en des mains étrangères (ce qui serait à craindre si l'ascendant légitimaire pouvait en disposer librement), le Code grève ces biens d'un véritable droit de retour légal (art. 811) en faveur des parents au troisième degré qui appartiennent à la ligne d'où les biens procèdent. C'est qu'il ne paraît pas possible de se désintéresser du sort de cette réserve de l'ascendant quand celui-ci appartient à une ligne différente de celle d'où proviennent les biens. Toutefois, les bénéficiaires de l'art. 811 peuvent valablement renoncer à se prévaloir de son contenu.

Enfin, aux termes du droit espagnol commun (art. 812), les ascendants donateurs jouissent d'un droit de retour analogue à celui que nous connaissons en France. Mais fermons cette parenthèse ouverte sur le droit actuel, car nous devons encore préciser certains points relatifs aux droits successoraux des collatéraux et au partage par lignes.



CHAPITRE XX

Droits successoraux des collatéraux

LES collatéraux, comme nous l'avons dit, viennent parfois en concours avec les ascendants (Soule, Labourd, Basse-Navarre, Guipuzcoa, Alava) ; d'autres fois, ils les excluent (Haute-Navarre, Biscaye, Béarn). Mais les Coutumes offrent en outre des différences de détail en ce qui concerne le fonctionnement même de la succession collatérale.

A) — PAYS BASQUE FRANÇAIS ET BÉARN

On admet en Béarn et au pays basque français que les collatéraux succèdent sans limitation de degré¹. Ce qui est très conforme à l'esprit de la Coutume, qui est de conserver les biens dans les familles. Peu importe l'affection que le *de cujus* a pu ressentir pour tel ou tel de ses parents. En Béarn, des juristes pensèrent pouvoir limiter la successibilité en ligne collatérale en se référant au droit romain, d'après lequel les collatéraux héritaient *etiamsi decimo grado sint*, soit jusqu'au onzième degré exclusivement. Mais on préféra admettre les collatéraux à succéder *in infinitum*, même s'ils n'étaient parents du *de cujus* qu'au douzième degré ou à un degré plus éloigné. Cette interprétation se basait sur des arguments de texte : l'art. 23 du For réformé de Béarn (rub. des Contrats), où

1. Toutefois, en Basse-Navarre, les collatéraux ne succédaient que jusqu'au dixième degré (art. 35, rub. des Successions). Au delà, c'était le conjoint survivant qui recueillait l'héritage. Mais nous savons que la Coutume de Basse-Navarre était loin de refléter le pur droit basque.

il est dit que le droit de faire interdire un prodigue appartient au *prim* quel qu'il soit. Or, cette faculté de faire provoquer l'interdiction n'est que le corollaire du droit de succéder. D'autre part, l'art. 1 de la rubrique des Successions ne parle que du plus prochain parent. D'ailleurs, c'était le droit commun des pays coutumiers.

Les successions en ligne collatérale s'inspiraient exactement des mêmes principes que les successions en ligne directe. Le droit d'aînesse s'appliquait également aux biens avitins et dans les mêmes conditions. Il s'exerçait dans les provinces basques sans distinction de sexe pour les biens ruraux et avec privilège de masculinité pour les biens nobles.

« Ce qui est dit que le premier fils ou fille, selon la qualité des biens avitins succède, a lieu en succession collatérale, entre plusieurs qui sont en pareil degré. » (Soule, XXVII, 31; Labourd, XII, 16.)

« Ceci est à savoir que le premier né, mâle ou fille, selon la qualité des biens, succède au décédé sans enfants ou ascendants. » (Soule, XXVII, 32; L., XII, 17.)

La représentation est admise en ligne collatérale s'il s'agit de biens avitins. « Aussi, ce qui est dit que le descendant de l'aîné ou aînée représente celui aîné ou aînée prédécédé a lieu quand il est question de succession collatérale en biens avitins. » (Soule, XXVII, 33; Labourd, XII, 18.) Et l'art. 1 de la rubrique des Successions au F. R. de Béarn n'est pas moins explicite.

Donc, ici encore, nous trouvons le droit d'aînesse et le principe qu'il n'a qu'un héritier *ab intestat*. L'aîné de plusieurs parents au même degré succède seul; les autres n'ont droit à rien, pas même à une légitime. Les cadets sont ici plus mal traités que dans les successions provenant d'ascendants. « Système aussi simple qu'il paraît injuste », dit Mourot. Entretenir les maisons dans leur état est toujours la préoccupation coutumière, et même quand la succession est dévolue à des filles ou à des sœurs, l'aînée, ou le premier enfant de l'aînée par droit de représentation, succède universellement¹. Les autres parents

1. « Afin d'entertener las maisons en lot esse, quoad la succession torna a filhas o sors, la prumera o dequera descendenz succede universalement. » (F. R. de Béarn, art. 19 de notre rubrique.)

au même degré devront se contenter des légitimes qui leur ont été ou leur seront données par leur père et mère, ou seront déterminées, le cas échéant, par les quatre proches ¹.

L'art. 1 du F. R. de Béarn, rubrique des Successions, pose on ne peut plus nettement la règle : *Paterna paternis*, presque aussi ancienne que la monarchie, dit Mourot, et si répandue qu'on l'appliquait à toutes les Coutumes dont les dispositions n'y répugnaient pas. Plusieurs systèmes étaient en usage sur ce point.

Dans les coutumes *souchères*, il fallait, pour succéder à un bien, descendre en ligne directe de la personne qui avait mis ce bien dans la famille. C'est ainsi qu'on avait prétendu que la Coutume de Soule était souchère, sous prétexte, nous dit Mourot, que, définissant les biens avitins (art. 5, rub. des Venditions), elle dit que ce sont ceux qui descendent du grand-père ou de la grand'mère : d'où l'on concluait, aux XVI^e et XVII^e siècles, que la Coutume établissant par là l'affec-tation des biens en faveur des descendants de l'acquéreur, était souchère : mais il est certain que cet article a seulement eu pour objet de régler la manière dont se formait l'avitinage et non de déterminer la succession des biens en ligne collatérale. C'est ce que devait décider un arrêt du 9 février 1714.

Dans les Coutumes de simple côté, on applique la maxime en question sans égard à la souche ou à la ligne par laquelle l'héritage est parvenu au défunt. Le plus proche parent paternel succède aux biens paternels et réciproquement pour les biens maternels, même s'il existe un parent plus éloigné qui soit du côté de la ligne de l'acquéreur.

Les Coutumes basques et le For de Béarn (art. 1) sont *d'estoc et de ligne*. Pour savoir à qui doit revenir un bien déterminé, on recherche quel est celui qui l'a fait entrer dans le patrimoine de la famille. Le parent le plus proche de cet acquéreur, *descendant ou collatéral*, le recueille ². Mais, étant donné le principe qu'il ne peut y avoir qu'un héritier

1. F. R. de Béarn, art. 10: « ... et les autres se contentaran de las parcelas qui han agudas ó per los prochaás com dit es, los seran ordonadas, sens far autre partilha de béas. »

2. Ce système était également celui de la Coutume de Paris.

pour chaque succession, même en ligne collatérale, trois hypothèses peuvent se présenter :

1° Si le défunt laisse des parents dans les deux lignes son patrimoine se scinde en deux parties distinctes; il y a une succession paternelle et une succession maternelle.

2° Si le *de cujus* ne possède que des biens provenant d'une seule ligne, ils sont recueillis par le parent le plus proche de la ligne d'où ces biens descendent. Il n'y a alors qu'une succession, paternelle ou maternelle, suivant les cas.

3° Enfin, si le défunt laisse des biens paternels et maternels, mais qu'il n'y ait d'héritiers que dans une seule ligne, les biens provenant de la ligne non représentée ne seront pas recueillis par le fisc parce que la règle *paterna paternis* n'a de raison d'être que s'il existe un héritier pour chaque sorte de biens. Sinon, il n'y a pas lieu d'admettre le dédoublement de la succession et le représentant d'une seule ligne succède pour le tout.

Les Coutumes basques et du Béarn autorisaient, nous dit Mourot, cette dévolution d'une ligne à l'autre, si ce n'est que le *de cujus* avait pu librement disposer par testament des biens provenant de la ligne non représentée, même s'il s'agissait d'avitins. Les arrêts des 1^{er} mars 1721 et 22 juin 1747 jugèrent, nous dit Mourot, que le dernier de la ligne d'où les biens provenaient pouvait en disposer comme libres, et que s'il n'avait point usé de cette faculté, l'héritier de l'autre ligne aurait le droit de les recevoir *ab intestat*.

Précisons que la règle *paterna paternis* s'appliquait également dans la succession *ab intestat* aux avitins et aux acquêts. Mais, parmi les acquêts, il y en a qui n'ont ni le caractère paternel ni le caractère maternel : ce sont les biens *mixtes*, ceux que le *de cujus* lui-même a fait entrer dans la famille. Voici un défunt qui laisse comme plus proches parents deux cousins germains: l'un fils d'une sœur de son père, l'autre fils d'un frère de sa mère. Va-t-on partager entre eux les biens mixtes? Cette solution eût été la plus naturelle. Mais il n'y a dans nos Coutumes qu'un seul héritier; si l'on admet en ligne collatérale le dédoublement des successions, c'est seulement pour conserver à chaque famille les biens qui en proviennent, et ce n'est pas le cas ici. Ce dédoublement extraor-

dinaire et contraire à un principe certain du droit ne doit pas être appliqué à des circonstances non prévues par la Coutume.

D'autre part, le privilège de masculinité étant admis, il semble plus conforme à l'esprit de l'ensemble des Coutumes d'attribuer les biens mixtes à ceux qui sont parents par les mâles, c'est-à-dire, dans notre exemple, au cousin du côté paternel. Pour le Béarn, cette disposition semble adaptée à l'esprit du For réformé. Pour les provinces basques, dans le silence des textes, Mourot hésite, mais, imbu des idées romaines, il paraît préférer que les biens mixtes soient partagés entre les deux cousins. Le droit romain ne s'appliquait-il pas, dans nos provinces, comme droit supplétif?

Nous avons dit qu'au pays basque, les acquêts, à défaut d'ascendants, passaient aux frères et sœurs, et, à défaut, aux plus proches parents du défunt (Soule, XVII, 23; Lab., XII, 7). En vertu du privilège du double lien, les frères et sœurs germains ou leurs descendants pouvaient exclure les frères et sœurs consanguins et utérins. Mais ceux-ci passaient à leur tour avant les oncles et les tantes. C'est ce qu'expriment les trois Coutumes dans des termes analogues. « En la succession desdits acquêts est préféré frère et sœur du décédé, posé (quoique) qu'il n'y en ait que d'un côté à tout oncle, mais non pas au fils du frère de tout côté. » (Soule, XXVII, 24; Labourd, XII, 8; Basse-Navarre, XXVII, 15.)

Sur ce point, la Coutume de Bayonne se différenciait assez nettement des Coutumes basques.

D'abord, le privilège du double lien n'existait pas de façon aussi absolue. On se contentait de faire deux parts de la succession : une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle. Les frères germains venaient à la succession dans les deux lignes et les frères consanguins ou utérins seulement dans la ligne à laquelle ils appartenaient. Notre droit français moderne suit la même règle.

L'autre particularité consistait en ce que les collatéraux n'avaient à se partager ainsi que la moitié des acquêts du décédé, l'autre moitié étant donnée à l'Eglise et constituant la part du mort. Ce prélèvement particulièrement élevé n'était que du tiers dans les Coutumes basques (Soule, XXVII, 23; Lab., XII, 7). Il était fort ancien et bien antérieur à la rédac-

tion des Coutumes, car il existe une ordonnance du comte Bertrand prescrivant, en 1150, aux Bayonnais, de léguer à l'évêque une certaine partie de leur fortune et au clergé de donner ses prières en échange ¹.

B) — HAUTE-NAVARRRE

Quoique fort attaché au droit local dont il avait été chargé d'exposer les grandes lignes, Morales s'étonne (*op. cit.*, p. 113) de la grande dureté avec laquelle le Fuero General traitait les malheureux ascendants ². Il appelle à la succession du fils prédécédé ses frères ou, à défaut d'eux, ses plus proches parents. Ceux-ci recueillent également les acquêts et le pécule du *de cujus*. Le jeune héritier pouvait cependant laisser à ses père et mère l'usufruit de quelques meubles (F. G., cap. VI, tit. IV, liv. II).

Mais, en 1583, les Cortés de Tudèle obtinrent que les père et mère et autres ascendants succèderaient *ab intestat* aux acquêts de leurs enfants, mais seulement en l'absence de collatéraux privilégiés ³. Un nouveau pas fut fait aux Cortés de Pampelune de 1596 (loi 35), qui décidèrent que les ascendants, à défaut de collatéraux privilégiés, recevraient tous les acquêts de l'enfant prédécédé, y compris son pécule adventice, c'est-à-dire les biens entrés dans son patrimoine à la suite de succession, donation ou legs ⁴.

1. MARCA: *Histoire du Béarn*, p. 451.

2. « Si algun hombre ó alguna muyller han creaturas, et las creaturas hovieren heredades por dono de padre, ó de madre, ó las creaturas ganasen, ó conquiesesen algunas heredades, et moriese alguna de estas creaturas, las heredades de aqueill muerto non deven tornar al padre, ni á la madre, mas deven tornar a la hermandat, et si no a hermanos á los mas cercanos parientes sus bienes deven tornar. Maguer la creatura bien puede dar al padre, et a la madre del mueble mientras es vivo, et non deve dar de las heredades, et si es casado, la muger bien puede vedar que non dé lo de eilla, por Fuero. » (F. G., 6, IV, II.)

3. « Suplicamos a V. M., ordene y mande por ley, que los padres y demás ascendientes, sucedan a los hijos ab intestato, en los bienes adquiridos por los hijos conforme al derecho comun a falta de hermanos, sin embargo de lo que dispone el Fuero del reino, porque esto parece mas equo y justo, que lo que dispone el Fuero en este caso.

« DECRETO: Ordenamos y mandamos que se haga como el reino lo pide. » (Loi 3, t. XIII, l. III de la N. R.)

4. « Por la ley 44 de las Cortés del año 1583, se ordeno que los padres y ascendientes, a falta de hermanos, sucediesen a los hijos en los bienes por ellos

Quelques auteurs pensèrent que les acquêts tels que les entendait ce texte, pouvaient comprendre certains biens de souche. Mais il fut précisé aux Cortés de Pampelune de 1604 (loi 59) que telle n'avait pas été l'intention du royaume, qui entendait au contraire laisser toute valeur et efficacité aux dispositions des chapitres VI et XIII du titre IV, livre II du For, disposant que les pères et autres ascendants seraient exclus de la succession aux biens de souche et dots auxquels pourraient seuls prétendre les parents les plus proches de la ligne d'où procèderaient ces biens. Mais, pour exclure père et mère, les frères devaient avoir la qualité de frères germains, car s'ils n'étaient qu'utérins ou que consanguins, ils ne pouvaient recevoir que les biens provenant de leur propre ligne, car, s'il s'agissait de biens se rattachant à l'autre ligne, les collatéraux ordinaires de cette ligne leur étaient préférés¹. Les père et mère non remariés conservaient l'usufruit viager des biens auxquels ils ne succédaient pas.

Cette loi était encore insuffisamment explicite, car des

adquiridos. Y porque ha habido muchas dudas, si esto se entiende de solos bienes adquiridos y conquistados por los mismos hijos por su industria, y réditos de su hacienda y no de los demas que hubiesen adquirido por sucesión y herencia o donacion o manda. Y para que esto tambien quede claro adelante. Suplicamos a V. M., ordene y mande por ley: que los padres y ascendientes a falta de hermanos sucedan a los hijos, no solo en los bienes adquiridos por ellos con su industria, pero tambien en los adquiridos por sucesion, herencia, donacion ó manda.

« DECRETO: A esto vos respondemos... etc... » (Loi 4, XIII, III, N. R.)

1. « ...De lo cual algunos quisieron tomar ocasion que tambien se comprendian en esto los bienes troncales; y que en ellos habian de suceder los padres a los hijos ab intestato, excluyendo a los parientes mas cercanos, de donde procedian los tales bienes, no habiendo sido tal la intencion del Reino, pues, en cuanto a la sucesion de estos bienes troncales, ya estaba dispuesto por el Fuero, en el capitulo 13 al fin y en el cap. 6 del mismo titulo: los cuales nunca trató el Reino de quererlos corregir ni alterar. Y para que esto quede claro al delante y no haya de haber mas dudas sobre ello, suplicamos a V. M. que sin embargo de lo proveido por la dicha ley 35 (des Cortés de 1596), ordene y mande que los padres y ascendientes a falta de hermanos, sucedan a los hijos ab intestato solamente en los bienes adquiridos y conquistados por los hijos por su propia industria ó por la de sus padres: pero que no hayan de suceder ni sucedan en los bienes troncales y dotaes: en los cuales, á falta de hermanos prefieran y sucedan los parientes mas cercanos, de donde procedan los tales bienes, y que en la sucesion de estos bienes troncales, los hermanos que hubieren de escluir a los padres sean hermanos de padre y de madre; y si fueren hermanos de mitad, lo sean de la parte de donde vienen los bienes; y en tal caso prefieran a los padres en la sucesion, y no de otra manera.

« DECRETO: Que se haga como el Reino lo pide; con que los bienes troncales en que han de suceder los parientes mas cercanos sean de algun ascendiente de los tales parientes y no transversal y con que durante su vida los padres, casados y no casando puedan usufructuar los tales bienes. »

praticiens agiterent la question de savoir si les biens dotaux qui n'étaient pas biens de souche (*bienes dotales, aunque no fuesen troncales*) pouvaient ou non aller aux ascendants. La loi 7, titre XIII, livre III de la N. R. statua affirmativement sur ce point.

Enfin, la loi 13 du même titre dispose que quand un oncle et un cousin germain sont en présence, l'oncle doit succéder comme étant le plus proche.

Il résulte de ces différents textes que les frères et sœurs du défunt viennent à sa succession et jouissent du privilège du double lien, suivant en cela le droit supplétif romain et le droit foral lui-même, car, ainsi que le souligne Garcia Goyena, le chapitre X, titre IV, livre II du *Fuero General* fait à cette institution une allusion des plus nettes. « Si, dit-il, des enfants sont frères germains, ils sont plus proches que s'ils ne sont que d'un côté. »¹ Cet auteur ajoute qu'en Navarre, la pratique répugne assez à faire application du droit d'aînesse et du privilège de masculinité en matière de succession collatérale, si bien que les frères et sœurs cadets, pas plus que les demi-frères et demi-sœurs ne sont absolument exclus. Le Code de 1889 n'a pas touché à ce vieux privilège du double lien; les demi-frères et les demi-sœurs ne recueillent que les biens se rattachant à leur propre ligne. Solution excellente.

Le demi-frère n'apparaissant que quand l'un de ses auteurs s'est marié plusieurs fois, rappelons que les textes qui organisent les seconds mariages prévoient: soit une liquidation de la communauté primitive permettant aux enfants du premier lit de recevoir ce qui leur revient, soit la continuation de cette communauté sans liquidation et sans partage; la société conjugale nouvelle comprend alors trois associés: les enfants, héritiers du conjoint prédécédé pour leur part héréditaire; l'époux survivant et remarié avec ses biens propres, et le nouveau conjoint avec sa dot, les nouveaux acquêts devant être répartis entre eux. Les demi-frères sont appelés à succéder à l'ascendant commun et l'on veille à ce que les enfants du second lit n'aient aucune part du patrimoine de celui des premiers conjoints qui leur est étranger.

1. « ...Si de un padre et de una madre son hermanos, son mas cercanos que son de otro padre et de otra madre. »

Tout ce qui vient d'être dit ne fait pas obstacle à l'exercice du droit de retour des ascendants prévu par la loi 1, titre XIII, livre III de la N. R. et le chapitre III de l'*Amejoramiento del Fuero*, ainsi que par la loi 9, titre VII, livre III de la N. R., qui se réfère à l'hypothèse du prédécès d'un donataire.

De nos jours, le privilège du double lien cesse de jouer en pratique au delà du second degré (neveux, nièces). Les parents les plus proches excluent alors les plus éloignés; ils succèdent par parts égales si tous sont au même degré, et ce jusqu'au dixième degré, à partir duquel il n'est plus possible d'hériter. La succession spéciale aux biens de souche elle-même ne va pas au delà du quatrième degré de consanguinité. Telles sont les concessions, du reste peu importantes, faites aux nécessités pratiques. Un projet d'appendice au Code civil, spécial à la Navarre, a vu le jour il y a quelques années, et son art. 930 bouleverse assez profondément l'ordre des successions, puisque les père et mère peuvent hériter de leurs enfants, à la seule condition de réserver aux parents de la ligne, d'où viennent les biens, l'héritage ainsi recueilli (les bénéficiaires de cette réserve ne devant pas être éloignés du *de cujus* de plus de quatre degrés dans l'une ou l'autre ligne: art. 931). Si les deux ascendants sont en vie, la succession leur est dévolue par parts égales (art. 930).

C) — FOR DE BISCAYE

La dévolution héréditaire par souche s'applique aussi en Biscaye, nous dit Sanchez Roman: non seulement elle opère en matière successorale, mais encore elle existe pour ainsi dire en germe dans toute mutation par voie d'acte entre vifs. Mais il faut qu'il s'agisse de biens possédés en terre franche (*terra llana*) par un gentilhomme ou par un habitant des villes, car les villes sont franchises. En outre, ces *bienes troncales* sont nécessairement des immeubles.

Ce système biscayen de la *troncalidad* est donc assez singulier, car il s'attache, non pas à la qualité des personnes du *de cujus* ou du successeur, mais à celle des biens objet de la dévolution. Comme l'indique l'art. 8 d'un projet d'appen-

dice au Code civil pour la Biscaye, sont parents par le tronc : en ligne directe, tous les enfants légitimes et leurs descendants, les ascendants légitimes de la ligne paternelle ou maternelle d'où procède l'immeuble qu'il s'agit d'attribuer ; en ligne collatérale, les parents légitimes de la ligne à laquelle se rattache l'immeuble. En ligne descendante, la parenté de souche existe sans limitation de degrés ; en ligne ascendante, elle remonte jusqu'au premier parent propriétaire de l'immeuble ; en ligne collatérale, elle prend fin au sixième degré de consanguinité.

On applique la loi 14, titre XX du Fuero, s'il s'agit d'une succession testamentaire, et la loi 8 du titre XXI s'il s'agit d'un *ab intestat*. Répétons qu'il n'y a de biens de souche que d'immeubles, ce qui ne veut pas dire que tous les immeubles soient nécessairement biens de souche. Le For établit (loi 16, tit. XIV) que tout acquêt immobilier, pourvu qu'il ne soit pas compté comme un meuble, ne peut être donné ni confié à un autre qu'à l'héritier auquel il doit revenir de par le For. Dans la loi 14 du même titre, on lit qu'à défaut de descendants ou d'ascendants légitimes, on peut disposer des meubles à volonté, en réservant les immeubles aux parents de souche les plus proches¹. Dans la loi 8, titre XXI, il est dit qu'à défaut d'enfants de descendants ou d'ascendants, les parents les plus proches de la ligne d'où viennent ces immeubles en hériteront. Le système de la souche ainsi établi, joue non seulement en faveur des parents de la ligne considérée, mais encore favorise, disent les auteurs, la conservation du domaine familial ou *caserio*. Ils s'accordent donc pour recommander le maintien du système prévu par la loi 15, titre XX du For, sans pourtant se dissimuler qu'il serait nécessaire de l'amender un peu pour donner au propriétaire plus de latitude pour disposer, sa vie durant ou à son décès, des biens compris dans la *troncalidad*.



1. Jusqu'au quatrième degré inclus, ainsi qu'il résulte de la loi 7, titre XXIII du Fuero Viejo et des titres XVII, XVIII et XX du For réformé.

CHAPITRE XXI

Droits du conjoint survivant

A) — COUTUMES FRANÇAISES

Les successions entre époux au pays basque et en Béarn ne préoccupaient guère le législateur. Il était, en effet, éminemment contraire à l'esprit des Coutumes basques que le conjoint, étranger à la maison, pût y acquérir des droits de propriété et de succession. On lit dans la Coutume de Soule (XXIV, 17) : « Si l'époux marié ou à marier et ses frères et sœurs passent de vie à trépas sans enfants, lesdits biens viennent au plus prochain habile à succéder. » Et, dans la même rubrique, à propos de la garantie de restitution de la dot : « L'adventice qui est marié avec le propriétaire et a mis sa dot sur l'héritage du propriétaire, s'il sort du mariage sans qu'il y ait des héritiers issus d'eux, ou s'il y en a et qu'ils meurent il est tenu de laisser ledit héritage incontinent dès que le successeur lui aura rendu sa dot. . . » (XXIV, 15.) Puis, dans la Coutume de Labourd : « Si l'enfant marié ou non va de vie à trépas sans enfants, frères et sœurs, iceux biens retournent au plus prochain habile à succéder, en restituant seulement le mariage (c'est-à-dire la dot ou la donation pour noces) par le survivant porté. » (IX, 15.) Ces articles excluaient bien nettement toute idée d'une succession de l'époux dotal survivant au profit des ascendants.

L'époux adventice ou ses héritiers n'avaient donc droit qu'à la restitution de la dot. La succession allait à l'hoir le plus proche, et il était bien rare, les collatéraux héritant même

au delà du dixième degré, qu'un lignager ne vînt pas réclamer le patrimoine au détriment de l'époux survivant.

La question cependant pouvait présenter de l'intérêt pour les conjoints des bâtards morts sans postérité, puisque ceux-ci n'avaient point de collatéraux au point de vue légal. Le conjoint survivant excluait-il le fisc ? Les deux commentateurs, Labourt¹ et Maria, paraissent sur ce point en désaccord. Pour Maria, il convient, dans le silence de la Coutume, de s'en référer au droit romain. « Nous y sommes engagés ici, ajoute-t-il, d'une manière plus particulière, car le droit civil (le droit romain) devant nous servir de loi en tout ce qui n'est pas contraire à notre Coutume, nous devons le suivre à plus forte raison quand ce qu'il ordonne est de droit naturel et d'équité. La succession de la femme au mari est de cet ordre lorsque les autres héritiers viennent à manquer; car le mariage étant la source des parentés qui donnent le droit de succéder, il est tout naturel de donner au mari et à la femme cette exclusion du fisc. »

L'autre commentateur, Labourt, remarque que si les Coutumes basques n'excluent pas expressément les conjoints survivants des successions, par contre, l'art. 1^{er} de la rub. XXXVIII (des Dots) du For de Béarn (1552) dispose que la femme n'a aucun droit sur les biens acquêts durant le mariage, à moins que le mari ne lui en baille par testament. Le raisonnement de Labourt paraît être celui-ci: Puisque la femme n'a aucun droit aux acquêts, *a fortiori* ne doit-elle rien recueillir des propres du mari. C'est donc que la Coutume n'admet pas la succession *unde vir et uxor*. Cet article ne nous semble pas décisif. Il a été écrit essentiellement en vue d'exclure la communauté entre époux, du moins à titre de régime légal. La rubrique où il se trouve l'indique suffisamment, et si le foriste parle de testament, c'est parce que le mari pouvant disposer par testament de ses acquêts en faveur de qui il lui plaira, il est naturel qu'il en laisse tout ou partie à sa femme. Il doit en être de même, *mutatis mutandis*, de la femme, si c'est elle qui est héritière.

1. David de Labourt, conseiller à la Chambre des comptes de Navarre et commentateur des Fors basco-béarnais. Son nom rappelle celui de la province dont il était peut-être originaire. V. *infra*, Bibliographie.

Un argument plus convaincant peut être tiré de l'art. 14, rub. « des Successions » au même For de Béarn. « Si aucun personnage décède *ab intestat* sans laisser de parents, le seigneur de Béarn succèdera à ses biens. » La prétérition du conjoint survivant paraît bien ici volontaire. On peut en conclure que, dans le dernier état des Coutumes et après 1552, ce dernier ne succédait pas *ab intestat*. En ce sens, un arrêt de la Cour de Pau du 28 juillet 1582, rapporté par Labourt. Trois personnes réclamaient la succession d'une dame Françoise de Saint-Julian: son mari, un sieur Antoine de Gramont qui se prétendait parent de la défunte, et le Roi représenté par son procureur. A. de Gramont ne put prouver sa parenté, le mari fut écarté comme non successible: tout alla au Roi.

Au XVIII^e siècle, cependant, et à en croire certains auteurs contemporains de Maria, la pratique avait fini par admettre la préférence de l'époux sur le fisc. Ainsi peut se résoudre une contradiction apparente: Labourt se place au point de vue de la Coutume pure et simple, Maria parle de la pratique suivie à la fin de l'Ancien Régime, c'est-à-dire complétée et perfectionnée par le droit romain.

A défaut de droits successoraux proprement dits, le conjoint survivant avait du moins la faculté de se faire restituer sa dot si le mariage était dissous sans enfants. Il avait également droit à une part des acquêts, variable suivant les Coutumes. Il ne s'agit là que des effets du régime matrimonial que nous avons étudié assez en détail. Rappelons seulement que si c'était l'époux propriétaire qui mourait le premier et qu'il y eût des enfants, l'adventice avait la jouissance de la totalité des biens de son conjoint, jusqu'à ce que l'aîné des enfants fût marié (Soule, XXIV, 11).

Si un jeune ménage était déjà établi dans la maison, ce droit échappait évidemment au survivant, mais il pouvait continuer à demeurer avec les héritiers en renonçant à la jouissance de sa part d'acquêts. « Si le survivant veut consentir à demeurer avec son fils ou fille et renoncer à l'usufruit de la moitié des biens à lui cédés et ordonnés dans le partage, pour son partage à lui, il peut le faire. » (Labourt, IX, 22; Soule, XXIV, 26.) Moyennant quoi, l'héritier le recevra et

le nourrira. « Et est tenu le fils ou fille primogenit de le recevoir, nourrir et entretenir selon son état et qualité, nonobstant ledit partage, posé qu'il ait convolé en secondes noces (quoique l'ascendant se soit remarié) », nous disent les articles 23, livre IX de la Coutume de Labourd, et 27, titre XXIV de celle de Soule. Car le désir de favoriser la prospérité de la maison était si puissant, que les Coutumes accordaient à l'époux survivant la faculté de se remarier dans la maison même, les enfants à naître du second lit ne pouvant que concourir à cette prospérité.

Cependant, le jeune héritier n'était pas obligé de nourrir le nouveau conjoint de l'ascendant ni les enfants qui en étaient nés. « Toutefois, le primogenit, fils ou fille, n'est pas tenu de nourrir la femme ou le mari des secondes noces dudit survivant ni ses enfants issus du second mariage. » (Labourd, IX, 24; Soule, XXIV, 28.) Ces articles témoignent, non pas tant de la défaveur attachée par nos Coutumes aux seconds mariages, que du souci de ne pas imposer au jeune ménage des charges trop lourdes. Bela excepte cependant l'hypothèse où ces personnes seraient réduites à une extrême pauvreté; l'aîné doit alors subvenir à leurs besoins s'il en a le moyen, car, dit cet auteur, « il a la garde ou tutelle de telles personnes et telle garde présuppose charge de nourrir. »¹

Enfin, le conjoint survivant qui mariait son aîné avait droit, de par l'application des règles de la co-seigneurie, à la jouissance du quart ou de la moitié de la dot de l'adventice qui entrait dans la maison (S., XXIV, 11 et 12). La quarte du conjoint pauvre n'était pas admise par nos Coutumes, et l'augment devait être expressément stipulé. En Béarn, le conjoint survivant tenu des restituer la dot pouvait retenir trente sols morlans pour frais de son deuil et six sols pour celui de chacun des enfants (F. G., art. 255). D'après l'article 7, rubrique « des Dots », du For réformé, les dites impenses ne purent excéder le dixième de la dot. L'art. 4 du même F. R. permettait au mari d'instituer sa femme usufruitière universelle. C'était l'emparance.

1. Cité par Cordier: *L'organisation de la famille chez les Basques*, p. 55.

B) — DROIT ESPAGNOL

Dans leur ensemble, les *Fueros* des provinces basques d'Espagne se montrent, vis-à-vis du veuf ou de la veuve, plus généreux que ne le sont nos *Fors*. Le conjoint survivant doit être en mesure de tenir un rang honorable; sa place au foyer ne cesse pas d'être prééminente. C'est même parfois à lui que revient l'honneur de désigner l'héritier (en Alava). Ne nous étonnons donc pas de voir concéder aux veufs et aux veuves des droits d'usufruit importants. Le Code espagnol n'a fait que suivre cette tendance en appelant le survivant des époux à la succession *ab intestat* de son conjoint prédécédé quand celui-ci ne laisse ni descendants, ni ascendants, ni collatéraux privilégiés, oncles ou neveux.

Historiquement, dans celles des provinces basques qui suivaient sur ce point le droit castillan, le droit d'usufruit reconnu au survivant ne faisait pas de lui un réservataire. Ainsi, en Guipuzcoa et en Biscaye, la loi 15, titre II, livre IV du *Fuero Juzgo* disposait que la veuve aurait une part d'usufruit égale à celle de ses enfants; elle en jouissait tant qu'elle ne contractait pas un nouveau mariage. La loi 7, titre XIII, partie VI de *Las Partidas* concède à la veuve sans ressources d'un mari fortuné la quarte du conjoint pauvre, jusqu'à concurrence d'un maximum de cent livres d'or. Cette quarte avait nettement le caractère d'une dette d'aliments, car la loi de *Las Partidas* précisait que la veuve n'y aurait droit que si elle n'avait pas de quoi subvenir à ses besoins.

L'usufruit du veuf, *usufructo de fealdat*¹, était l'une des institutions les plus importantes du droit navarrais; il jouait dans cette province le rôle que la communauté de biens et le testament conjoint devaient remplir en Biscaye, c'est-à-dire assurer la stabilité du groupe familial en reculant l'échéance de la liquidation effective de la communauté conjugale. Les juristes indigènes attribuaient une grande vertu sociale à cette institution, car elle évitait à la famille de se briser à la mort

1. Contraction du terme *feudalidat* (féodalité) ou, pour certains auteurs (Alonso Martinez) du mot *fidelidad*, par allusion à la bonne foi de l'usufruitier. Nous penchons plutôt vers la première hypothèse, vu l'origine féodale de l'institution.

du père et fortifiait l'autorité de la mère sur ses enfants. Cet *usufructo de viudedad* figure au chapitre III, titre II, livre IV du Fuero General qui n'en concédait l'octroi qu'aux nobles, veufs ou veuves. Le chapitre V le refusait aux vilains, expression qui, dans le langage du For et d'après le commentateur Alonso, désigne les laboureurs imposables. Mais avec l'établissement progressif du principe de l'égalité devant la loi civile, le bénéfice de l'institution fut étendu à tous les époux navarrais.

Si la société conjugale prenait fin, en principe, à la dissolution du lien matrimonial, par suite de l'annulation du mariage, du décès de l'un des époux ou de la séparation de corps, le droit à l'usufruit de *fealdat* ne s'ouvrait qu'au prédécès de l'un des conjoints¹. Par suite d'une sorte d'accord tacite, la vie commune continuait entre le conjoint survivant et l'aîné des enfants, ce qui ne pouvait que faciliter l'exercice de l'usufruit. Procéder à la liquidation immédiate de la communauté ne présentait qu'un intérêt restreint, même quand des étrangers étaient institués légataires, car l'usufruit s'exerçait sur toute espèce de biens, meubles, immeubles, droits et actions ayant appartenu au prémourant ; les légataires ne pouvaient donc prétendre, provisoirement du moins, qu'à la nue propriété (loi 10, titre VII, livre V de la N. R. par interprétation du chapitre III de l'*Amejoramiento* du roi Philippe).

A la dissolution du mariage, le conjoint survivant devait procéder à un inventaire destiné à fixer la consistance de son usufruit (loi 1, titre XIV, livre III de la N. R.). Ce texte obligeait les notaires à bien spécifier la consistance et teneur des biens apportés en mariage, et le conjoint survivant à faire

1. « Y sobre el entendimiento de este capítulo, se suelen ofrecer muchas dudas: y en particular, si muerto el donatorio con creaturas, ó sin ellas, el marido, ó la mujer que sobrevive en viudage podrá usufructuar estos bienes así donados; y si este Fuero ha lugar en dotes, como en donaciones hechas en favor de matrimonio. Y para quitar estas dudas, supplicamos a V. M. interpretando el dicho Fuero, ó como mejor convenga, declare, y mande, que el sobreviviente en este caso pueda usufructuar los dichos bienes en viudage, conforme al Fuero, y costumbre de este reino: y sea sin perjuicio de la propiedad debida al donador: y sea y se entienda de las donaciones hechas al tiempo del matrimonio, y del contrato de él, y no de las hechas despues. Y que el dicho usufructo le tenga, aunque en el tal contrato matrimonial se haya hecho mayorazgo de los dichos bienes... etc... » (N.R., loi 8, tit. VII, liv. III.)

inventaire dans les soixante jours qui suivaient le décès¹ sans qu'il fût besoin d'une mise en demeure. Ce délai ayant été jugé un peu bref, fut porté à cent jours par la loi 49 des Cortés de 1765 et 1766, délai inférieur à celui imparti, par exemple, par notre Code civil, mais cependant suffisant, car le veuf ou la veuve n'avaient pas, en principe, à prendre parti. Cet inventaire n'était pas, en Navarre, le prélude nécessaire d'une liquidation de la société conjugale; il n'était pas suivi de ces opérations, telles que reprises ou récompenses, destinées à faire apparaître un actif commun partageable, celles-ci devant être retardées jusqu'à ce que l'usufruit du Fuero prît fin. C'est ainsi que le lit conjugal, les vêtements, tous les biens meubles et immeubles dépendant de la succession demeuraient au pouvoir du conjoint; le deuil de la veuve n'avait pas à être imputé sur la succession du mari.

Le survivant dressait seul l'inventaire; la présence des héritiers n'était pas requise. Il devait fournir caution pour répondre du bon usage des biens compris dans l'usufruit, pourvoir à la nourriture et à l'entretien des enfants en son pouvoir, payer les dettes du prédécédé, veiller à la conservation des immeubles et ne pas les aliéner, sauf le cas d'urgente nécessité (par exemple, pour payer les dettes du défunt, disent la plupart des auteurs), s'abstenir d'abattre les arbres ou de déraciner les vignes (chap. IV, tit. II, liv. IV du Fuero), restituer les biens à l'expiration de l'usufruit, s'il se remariait.

Enfin, le non établissement de l'inventaire dans les délais requis entraînait déchéance du droit à l'usufruit (loi I, tit. VIII liv. III, N. R.), ainsi que le fait de mener une vie déshonnête. Cette dernière déchéance était particulière à la veuve. Pour le veuf, on se montrait moins sévère. Pour éviter qu'il ne se remariât secrètement afin de conserver son usufruit, le For l'obligeait à jurer annuellement que la femme qui pouvait se trouver en sa compagnie n'était pas son épouse, mais sa concubine. Car un nouveau mariage du conjoint survivant mettait fin à son usufruit.

1. « ...y que cuando alguno muriere, el marido o mujer sobreviviente dentro de treinta días haya de empezar a recibir el inventario de bienes, que dejo el predifunto, y concluirlo dentro de otros treinta, bajo la pena de perder en caso contrario el usufructo que en dichos bienes debía tener... » (N. R., loi I, tit. XIV, liv. III.)

Signalons qu'en Alava, et d'après le vieux For d'Alaya, les veufs et veuves jouissaient d'un droit analogue, mais beaucoup plus étendu, connu sous le nom de grand usufruit (*usufructo poderoso*). C'est, dit Lebario¹, peut-être la seule institution du droit basque de caractère véritablement coutumier, c'est-à-dire ne figurant dans aucun texte législatif. Ce grand usufruit fonctionne un peu à la manière d'une institution à charge d'élire. Il n'est tel que si le prédécédé a expressément concédé à son conjoint la faculté de disposer, *au profit des enfants communs*, des biens compris dans l'usufruit. Parfois même, le testateur va plus loin encore : après avoir légué à ses héritiers leur réserve (c'est, en Alava, la légitime du droit commun), il confère au survivant le droit de disposer librement de tous ses autres biens, ce qui revient, en somme, à l'instituer légataire universel.

Que devenait en Navarre l'usufruit du conjoint survivant quand il se remariait ? Les Cortés de Pampelune de 1688, qui consacrèrent en cette province le principe de la liberté absolue de disposer, qui n'était connu antérieurement qu'à l'état de pratique coutumière, réservait toutefois l'hypothèse où le disposant convolait en secondes ou troisièmes noces et où il fallait observer les prescriptions de la loi : *Feminæ y hac edictali, codice de secundis nuptiis*. Cette loi fut l'occasion d'un grand nombre de procès et suscita des controverses qui obligèrent, en 1765, les Cortés de Pampelune à élaborer une loi, la loi 48 du Cahier qui contient les dispositions suivantes, conformes au droit romain et destinées à compléter la loi 16, titre XIII, livre III de la N. R. :

I. — La veuve remariée était tenue de réserver aux enfants de son premier lit tout ce qu'elle avait reçu de son premier mari, par voie de donation *propter nuptias* ou *mortis causa*, par testament, fidéicommiss ou legs ou à quelqu'autre titre que ce soit ; moyennant quoi, elle conservait, contrairement au principe antérieur, le droit de jouir de son usufruit viager, et pouvait disposer librement de ses arrhes, comme de tous ses autres biens personnels.

II. — Ces dispositions devaient être respectées, même quand

1. *El Fuero de Ayala* (Madrid, 1913).

le mari prédécédé avait exprimé, par voie de testament ou autrement, le désir de voir son épouse, remariée ou non, disposer à sa guise des biens qu'il lui laissait.

III. — Si la veuve remariée venait à recevoir quelque chose de l'un de ses enfants de premier lit, que ce fût par voie de donation, de testament ou de legs, elle était tenue de le laisser à son décès aux autres enfants nés de son premier mariage, et à ceux-là seuls, sans que ceux du second lit pussent prétendre à quoi que ce fût.

IV. — La femme remariée avait la faculté de dispenser souverainement des biens, droits et actions à elle transmis par son premier mari, en faveur d'un ou de plusieurs des enfants de son premier lit.

V. — Si l'homme ou la femme demeurés veufs une fois, deux fois, trois fois ou davantage, se remariaient, ils ne pouvaient léguer à chaque nouveau conjoint ou aux enfants à naître de leur nouvelle union, plus de biens ou plus de droits qu'ils n'en laissaient au moins favorisé des enfants du lit précédent. L'excédent devait être réparti également entre le nouveau conjoint survivant et les enfants, tant du premier mariage que des mariages subséquents, de manière à ce que tous soient traités également.

Telles étaient les dispositions qui constituaient en Navarre la « réserve » des enfants du premier lit, réserve qu'il ne faut pas confondre avec la légitime des cadets, telle que nous l'avons décrite. Cette loi 48 des Cortés de 1765 contenait encore un texte protecteur des droits des enfants, texte que nous avons déjà rencontré à propos du régime des acquêts : c'était l'interdiction faite à l'époux remarié de renoncer, en faveur de son nouveau conjoint, aux acquêts qu'il pouvait être amené à faire.

*
**

Ces mesures restrictives étaient évidemment sages, mais il n'y faut voir que la conséquence de l'usufruit étendu accordé au conjoint survivant. Quant à cette institution elle-même, à laquelle Morales attribue la même vertu qu'à la liberté de

tester et aux donations *propter nuptias*, il est possible qu'elle ait eu ses mérites, mais il faut bien reconnaître qu'elle est d'une autre époque et contrarie la fondation de nouveaux foyers. Les enfants qui se marient ne peuvent rester indéfiniment sous la tutelle *de fait* de leur ascendant; et c'est cependant à cela qu'aboutit l'usufruit universel du conjoint survivant, puisque les enfants majeurs sont mis dans l'impossibilité de toucher aucune parcelle de la succession de leur auteur prédécédé. Sur ce point, le droit commun castillan, ainsi que nos Coutumes françaises, qui n'accordaient au veuf qu'une quote d'usufruit sur la succession du conjoint et permettaient aux enfants d'entrer immédiatement en possession de leur part, se montraient plus conformes au droit naturel.



CHAPITRE XXII

Questions communes à toutes les successions



NOUS nous proposons de passer rapidement en revue quelques notions qui se rattachent aux successions en général, et au sujet desquelles nos Coutumes ne présentent, à vrai dire, aucune particularité vraiment notable.

I

OUVERTURE DE LA SUCCESSION

La succession s'ouvre par la mort naturelle ou par la mort civile. Cette dernière peut survenir pour diverses causes: soit à la suite d'une condamnation, soit que le *de cuius* soit entré dans les ordres réguliers ou soit atteint de lèpre dûment constatée. Cependant, les cagots, descendants de lépreux, n'étaient pas atteints de mort civile.

Le lieu de l'ouverture de la succession était, à Bayonne et dans le Labourd, le lieu du décès. Mais, d'après l'art. 9 de la rubrique « des Successions » au For de Béarn, la dévolution successorale était réglée, dans cette province, par la loi du lieu où se trouvaient situés les biens¹. Il en résultait que des lois successorales différentes pouvaient intervenir si

1. « La succession deus béés situatz en divers païs fera Béarn se regula segond lo païs en aquetz son situatz. »

le *de cujus* possédait des immeubles dans les provinces circonvoisines. L'exercice du droit d'aînesse était, dans cette hypothèse, le plus à craindre. On s'était demandé, en Béarn, si les créances possédées par le *de cujus* lors de son décès, sur des personnes étrangères à la province, devaient être assimilées à des biens situés hors d'icelle, et par conséquent dévolues suivant la Coutume du lieu où le débiteur avait son domicile. On décida que les créances, étant des biens meubles, devaient être rattachées au domicile du créancier en vertu de l'adage : *Mobilia sequuntur domicilium creditoris*. Toutefois, si le *de cujus* décédait ailleurs qu'en Béarn, sa succession devait être recueillie par le ou les héritiers appelés par la Coutume du lieu du décès ¹.

II

DOUBLEMENT ÉVENTUEL DE LA SUCCESSION

Au pays basque, comme en Béarn, tous les auteurs sont d'accord sur ce point qu'il ne peut y avoir qu'un seul héritier pour chaque succession, car il s'agit d'éviter, autant que possible, le morcellement des fortunes. Mais, par une conception singulière, on considérerait le patrimoine du défunt comme susceptible parfois de se doubler en deux successions parfaitement distinctes. Si un héritage est dévolu à des collatéraux, il faudra, par application de la règle *paterna paternis, materna maternis*, distinguer une succession paternelle et une succession maternelle, pourvues chacune d'un maître unique ².

D'un autre côté, si le *de cujus* est mort après avoir testé

1. Cependant, la jurisprudence du Parlement n'admettait pas cette règle sans exception, ainsi qu'en témoigne l'arrêt suivant, du 19 septembre 1705, rapporté par Mourot. Un Béarnais, Jean Nauby, retraité à l'Hôtel des Invalides, avait remis à l'administration de cet hôtel une somme de 900 livres et manifesté l'intention de voir revenir ce pécule, après sa mort, à son frère aîné seul, d'après la Coutume de Béarn. A son décès, une sœur commune, Suzanne Nauby, soutint que, son frère Jean étant mort à Paris, sa succession mobilière devait être partagée, selon la Coutume de Paris, entre elle-même et son frère aîné. Mais elle fut déboutée et on se décida sur ce que l'Hôtel des Invalides était un lieu commun où chacun conserve le domicile de son origine.

2. A condition que les deux lignes soient représentées.

ou après n'avoir disposé que de ses biens libres par une institution contractuelle, il faudra distinguer en son patrimoine entre la succession desdits biens dévolus à un ou même à plusieurs héritiers, et la succession légitime à la dot et aux avitins qui iront à un maître unique désigné par la Coutume. On voit donc que malgré ces dédoublements éventuels, le principe d'après lequel on n'admet dans nos provinces qu'un seul successeur universel *ab intestat* ne sera nullement violé, car il ne vise que l'héritier désigné par la Coutume.

III

LA SAISINE HÉRÉDITAIRE

A la fin de l'Ancien Régime, on admettait en Béarn, comme dans la plupart des pays coutumiers, que l'héritier fût de plein droit investi des biens qui lui étaient dévolus et dont il pouvait s'emparer sans aucune autorisation. S'il venait à mourir sans savoir qu'une succession lui fût échue, celle-ci passait à son propre héritier dans les mêmes conditions que s'il l'avait effectivement recueillie. Tel est le principe admis par l'art. 318 de la Coutume de Paris :

« Le mort saisit le vif et habile à lui succéder. »

Cette institution existait en Navarre, au moins en fait, ainsi qu'en témoigne le For, qui prévoit des discussions possibles sur la qualité de l'héritier. Voici comment il dispose : « Lorsqu'un frère vient dire à un autre : Je réclame ma part du patrimoine, et que celui qui possède lui répond : Je te prouve que tu n'as ni raison ni droit d'obtenir ce que tu demandes, celui qui est en possession doit y rester, si l'autre ne prouve pas sa demande. » (F. G., liv. II, tit. IV, chap. IX.) Le Roi veille à ce que l'on puisse jouir en paix des successions. Le For d'Estella déclare que si après un an et un jour de possession paisible il y a trouble, celui qui l'a causé est passible d'une amende de dix sols envers le Roi et celui-ci, alors, confirme l'hérédité.

Cependant, ce système donnait lieu à des désordres ; de prétendus héritiers s'emparaient du patrimoine, il fallait ensuite les

faire déguerpir. C'est pourquoi la loi 15, titre XIII, livre III de la N. R. vint stipuler que les héritiers *ab intestat* devraient se faire envoyer en possession par voie d'ordonnance du juge. Ainsi, dans le dernier état du droit, l'héritier haut-navarrais n'avait plus la saisine; c'est que celle-ci tenait à la constitution même de la co-propriété familiale, et, des contestations s'étant produites, le législateur avait dû intervenir.

Franchissons les Pyrénées et constatons que si, aux termes de la Coutume de Paris, seuls les héritiers *ab intestat* bénéficient de la saisine, l'art. 7 du F. R. de Béarn en fait une institution de caractère général, s'appliquant à tous les héritiers, *ab intestat* ou testamentaires. « Advenant le décès d'aucun sans faire testament, ou avec testament, pourvu qu'il soit fait selon le For, l'héritier sans autre appréhension de possession est investi dès la mort du *de cujus* de toute l'hérédité du défunt en possession de laquelle. »¹.

Cette différence tient à ce que, dans la Coutume de Paris, on applique rigoureusement le principe : institution d'hérédité n'a de lieu. Il n'est permis de faire par testament qu'un légataire universel. Seul le successeur légitime porte le titre d'héritier; c'est à lui que le légataire universel doit demander la délivrance de son legs; c'est à lui seul que s'applique la règle : « Le mort saisit le vif ». En Béarn, au contraire, tous les successeurs universels sont dans la même situation, tous recueillent au même titre les biens du *de cujus* et sont considérés comme continuateurs de sa personne, tous, à l'exception, bien entendu, du fisc. Le seigneur, et plus tard le roi, venant à exercer le droit de déshérence, n'étaient que successeurs aux biens. En cette qualité, ils devaient se faire envoyer en possession et n'étaient tenus des dettes de l'héritage qu'*intra vires emolumentī*.

On sait que la maxime française « Le mort saisit le vif » a une origine si l'on peut dire anti-fiscale, car, de tous temps, les exigences du fisc ont stimulé le zèle des juristes et même des inventeurs. Elle aurait donc été instituée pour permettre

1. « Advenent lo defcés de augun sens far testament, o ab testament, provedit fia feyt segond lo for, lo hereté sans autre aprehension de possession, incontinent per lo defcés deu trepassat, es investit de touta la heretat deu deffunct et possession dequera. »

aux héritiers d'échapper à une des conséquences du régime féodal. Toute personne, à son décès, était censée se dessaisir de ses biens entre les mains de son seigneur, auquel l'héritier devait payer pour prix de son entrée en possession un droit spécial, appelé *relief* si la succession était noble, ou *saisine* si elle était roturière. Pour détruire la présomption qui donnait naissance à cette perception, on eut recours à la fiction suivante : le *de cujus* avait, en mourant, transmis directement l'héritage à son hoir, sans l'intermédiaire du seigneur. En était-il de même dans nos provinces, où les terres franches étaient extrêmement nombreuses et où la noblesse ne tirait guère ses ressources que de l'exploitation de ses domaines propres ? Nous croyons plutôt qu'il faut voir l'origine de l'art. 7 du For réformé, comme celle de l'art. 9 plus haut cité du For de Navarre, dans cette « *personalidad del hogar domestico* » dont nous parle Bonifacio de Echegaray¹, véritable creuset où venait se fondre l'individualité de chaque membre de la famille, et notamment celle du maître jeune, héritier présomptif du maître vieux. Il est donc à présumer qu'à une époque très reculée, les aînés basques jouaient un rôle analogue à celui des *sui heredes* à Rome. A la mort de leurs auteurs, ils n'acquéraient point, par la succession, une possession nouvelle, ils continuaient seulement une possession commencée, mais avec des pouvoirs plus étendu.

Ceci, dira-t-on, n'est vrai que pour l'aîné, c'est-à-dire pour le successeur légitime du défunt. Comment se fait-il qu'on lui ait assimilé, au point de vue de la saisine, l'héritier contractuel ou testamentaire, qui peut être un étranger ? Une telle faveur n'est-elle pas contraire au principe de la conservation des biens dans les familles ? Non, parce que les seuls biens que la Coutume veuille faire passer au plus proche lignager sont les avitins et les dots. Si un héritier étranger est institué, il ne peut prétendre qu'aux biens libres (du moins dans nos Coutumes françaises), c'est-à-dire, en principe, à la partie la moins importante de la succession : la Coutume ne voit pas d'inconvénients à lui conférer le même privilège qu'au *prim* en face duquel il se trouve.

1. *La vie civile et commerçante des Basques, vue à travers leurs institutions juridiques* (Saint-Sébastien, 1923).

On voit combien cette tendance à mettre sur un pied d'égalité ces deux catégories de successeurs était différente de celle de l'ancien droit commun coutumier. Bien plus, en Béarn, la pratique n'hésitait pas à favoriser l'héritier institué par rapport à l'héritier du sang, en ce qui concernait l'attribution de la récréance, c'est-à-dire de la possession provisoire de l'hérédité, jusqu'à ce que l'on ait opéré le triage des biens avitins ou vinclés et des biens disponibles. Il était également de principe que les testaments, même ceux argués de faux, fussent exécutés par provision. Enfin, d'après l'ordonnance de 1747 enregistrée au Parlement de Navarre, les détractions et autres opérations rendues nécessaires par les substitutions doivent être faites sur la tête de l'institué; or, nous dit Mourot, au pays basque et en Béarn, les biens avitins et autres, vinclés par la Coutume, sont frappés d'une substitution légale.

Pour toutes ces raisons, la jurisprudence décida en faveur de l'héritier institué. Le tourniste lui-même, en sa seule qualité d'héritier du sang, n'est point saisi des choses qui font l'objet de son droit. Il doit en demander délivrance à l'héritier de celui dont la mort sans postérité a donné lieu au retour.

IV

ACCEPTATION ET RENONCIATION A SUCCESSION

Sous les réserves qui viennent d'être exposées, l'héritier n'a pas besoin de faire adition pour accepter une succession à lui dévolue: Il peut accepter purement et simplement, expressément ou tacitement, ou sous bénéfice d'inventaire. L'acceptation produit ses effets ordinaires: l'héritier représente la personne du défunt, il est tenu de payer les dettes et les legs, il peut agir contre les débiteurs de la succession.

Les Coutums ne prévoient pas la renonciation à succession, peut-être à cause de l'extrême rareté du fait à l'époque de leur rédaction. Succéder n'est pas seulement un honneur, c'est aussi un devoir auquel on ne songe guère à se soustraire. Voici quel est, au XVIII^e siècle, le système admis par le Parle-

ment de Navarre : le répudiant ne fait pas de déclaration au greffe, mais prend des lettres de chancellerie qu'il oppose aux créanciers de la succession. Il doit faire inventaire et payer la valeur des objets inventoriés qu'il ne peut représenter.

L'héritier majeur qui a répudié une succession n'est pas autorisé (sauf probablement le cas de dol ou de violence) à revenir sur sa décision, même si le *prim* n'a pas encore accepté ladite succession¹. En cas de renonciation frauduleuse, les créanciers peuvent accepter l'héritage du chef de leur débiteur.

D'après l'art. 251 du For de Morlaàs, la femme majeure de douze ans et l'homme de quinze pouvaient demander leur héritage et tester. C'est sans doute aussi l'âge requis par la pratique pour répudier valablement une succession. Quant à la femme mariée, elle ne peut le faire qu'avec l'autorisation maritale, ce que l'art. 16 du F. R. (rub. « de mari et femme ») exprime en ces termes : « La molhé sens le consentement deu marit, no pot renonça hereditat qui *per dret de primessa* lo advenga. » De l'expression « *per dret de primessa* » il ne semble pas que l'on puisse conclure que la femme aurait eu seule ce droit si elle n'avait été appelée que comme héritière testamentaire.

Un usage assez répandu dans l'ancien droit consistait à faire renoncer les filles, dans leur contrat de mariage, aux successions non encore ouverte de leurs parents, afin que les frères y eussent des parts plus larges. Ces renonciations n'étaient pas admises dans nos provinces : il n'était pas possible de renoncer sans contre-partie à sa légitime, si minime fût-elle, mais seulement à sa part des acquêts : l'intéressé pouvant toujours réclamer une légitime sur les biens avitins ou vinclés. Ce que nous venons de dire s'appliquait *a fortiori* aux renonciations à l'universalité d'une succession, c'est-à-dire au droit d'aînesse.

1. Ainsi qu'il résulte de certificats accordés par les avocats du Parlement de Navarre.

V

FORMATION DE LA MASSE ET RAPPORT

A) *Inventaire*

En principe, celui qui accepte purement et simplement une succession n'est pas tenu de faire inventaire. Mais il y a quelques exceptions: le tuteur, pour les héritages dévolus à son pupille; le grevé de substitution, pour les biens substitués, depuis l'ordonnance de 1747. L'aîné héritier est tenu de dresser un état des biens de la succession; il supporte les dépenses qu'occasionne sa confection. Les cadets légitimaires qui se plaignent de l'inexactitude de l'état peuvent demander une procédure d'inventaire dont ils avanceront les frais. Enfin, rappelons qu'en Haute-Navarre, c'était au conjoint survivant qu'incombait le soin de procéder à cette opération, et non pas à l'héritier.

B) *Estimation*

Les biens sont estimés d'après leur valeur au temps de l'ouverture de la succession, et non d'après celle qu'ils ont à l'époque de la liquidation (arrêt du 4 avril 1742). Des experts peuvent être nommés, soit par les parties elles-mêmes, soit par la justice ou le *de cujus* en son testament. Sur le versant français des Pyrénées basques, l'estimation d'une maison de ville se fait d'après le chiffre des loyers qu'on en peut tirer, les propriétés rurales sont évaluées eu égard à « la commodité et à l'utilité qu'elles sont susceptibles de fournir tant aux héritiers proprements dits qu'aux légitimaires, s'il y en a »¹. Parfois aussi, il fallait estimer la valeur représentée par la jouissance des biens appartenant aux communautés d'habitants.

c) *Paiement des dettes*

La plupart de nos Coutumes sont quasi muettes sur la

1. Arrêts des 16 juin 1643, 27 août 1703.

question des dettes successorales et s'occupent surtout des dettes des conjoints. Selon le For de Morlaás, le créancier qui n'a pas de titre écrit doit s'en remettre à la bonne foi de l'héritier ou des témoins au testament oral fait par le *de cuius*. Si ces personnes jurent qu'elles n'ont pas eu connaissance de la dette, la demande du créancier est repoussée (art. 328 du For de Morlaás). Le For réformé de Béarn ne reproduit pas cette disposition, mais prévoit (art. 11) que les mentions portées au livre de raison feront foi contre leur auteur si celui-ci déclare devant témoins « que le contenu de son livre de raison est véritable ».

Si le créancier est muni d'un titre et qu'il s'adresse pour se faire payer à une femme veuve ou à son enfant héritier, les contestations relatives au paiement pourront être déferées au tribunal ecclésiastique, car « femme veuve est d'église » (art. 242, F. de Morlaás). Et l'art. 313 du même For prévoit le cas où un père, puis son fils viendraient à mourir après avoir l'un et l'autre contracté des dettes non encore acquittées. Le *prim* qui recueillera la succession devra payer d'abord les dettes du père, avant de donner satisfaction aux créanciers personnels de l'enfant défunt.

Un créancier qui a obtenu un arrêt de condamnation ne peut le faire exécuter contre l'héritier de son débiteur qu'en lui faisant connaître sa qualité et en obtenant la permission de ramener ledit arrêt à exécution contre lui.

L'héritier étant le continuateur de la personne, était tenu en principe, *ultra vires hereditatis*. Mais cette idée n'était pas admise sans réserve, ainsi qu'en témoigne une disposition du F. G. de Navarre, que nous traduisons littéralement : « Nous établissons pour loi que lorsque des fils auront reçu des donations de père et de mère de quelque manière que ce soit, excepté en dot pour le mari, ils doivent répondre du paiement des dettes du père ou de la mère ; s'ils héritent d'eux. S'ils n'héritent de rien, ils sont dispensés de payer quand ils ne le veulent pas. Cependant, quand ils ont en considération l'âme de leur père et de leur mère, ils doivent faire l'aumône. » (Liv. III, tit. XVIII, chap. II.)

Le For de Basse-Navarre dispose que les dettes du père et de la mère doivent être déduites des biens acquêts et, en

cas d'insuffisance, des biens avitins (xxvii, 13). En Béarn, où on admettait, malgré le texte de la Coutume, que le *de cujus* pût disposer du quart des avitins, les dettes étaient supportées par l'ensemble de ces biens si elles étaient anciennes, c'est-à-dire si elles n'étaient pas le fait du dernier décédé, la quart disponible n'étant prélevée que sur ce qui restait, après cette détraction. Au contraire, si les dettes avaient été contractées par le dernier décédé, elles devaient s'imputer tout d'abord sur la quarte avitine disponible¹.

D) *Rapport*

Comme il n'y a dans nos provinces qu'un seul héritier pour chaque succession, il peut sembler étrange qu'il y ait lieu à rapport, puisqu'il n'y a de rapport possible qu'entre cohéritiers. Aussi, cette opération n'a pas pour but de maintenir l'égalité entre héritiers, mais simplement d'assurer à l'aîné des enfants tout ce qui lui est dû en cette qualité, et à chaque puîné sa légitime de droit sur la masse des biens avitins ou vinclés. Comme il n'y a de légitimaires que pour les successions déferées aux descendants, il ne peut être question de rapport que dans lesdites successions.

Nous avons vu, à propos de la légitime, que dans les Coutumes du pays basque français, comme dans l'art. 4 du F.R. de Béarn², les cadets qui, ne les ayant pas encore reçues, demandaient à l'héritier délivrance de leurs parts, devaient rapporter tout ce qu'ils avaient gagné par leur prouesse ou industrie pendant la vie du père. Nous sommes d'avis, avec Maria, que cette exigence ne se justifiait guère. La rubrique « De père et fils », en ses articles 1, 2 et 3, distingue trois sortes de pécules : le pécule profectice composé de biens donnés par le chef de famille ou de choses acquises avec lesdits biens. Pour celui-ci, pas de doute : il est soumis au rapport. Mais le pécule adventice, constitué par des biens provenant de successions étran-

1. Cette distinction résultait d'un certificat accordé par les avocats au Parlement de Navarre.

2. « Los enfantz qui per lo pay no son en estatz apparcelatz, si demandan part à l'hereté, deben conférer tout ço que per lor prohessa et industria haberan goadanhat duran la vita deu pay. »

gères ou de donations faites par d'autres que le *de cujus*, aurait dû y échapper, de même que le pécule castrense. Sans quoi l'héritier (et parfois aussi les autres cadets) risquaient de s'enrichir injustement aux dépens du légitimaire possesseur.

Cette égalité de traitement faite aux différents pécules au point de vue du rapport proviendrait, d'après G. Dupont (*op. cit.*, p. 98), d'un vice de rédaction de l'art. 4 du F. R., l'art. 258 du For de Morlaàs ayant entendu ne soumettre au rapport que les gains réalisés avec le concours du père. « Intellige quant ac an goadanhat ab los béés deu pay », dit cet article ¹. Il est vraisemblable que si les cadets n'avaient point trafiqué avec les biens du père, celui-ci en eût sans doute retiré un profit supplémentaire qui aurait appartenu plus tard à tous les héritiers et fait partie de l'universalité de la succession. L'erreur aurait donc consisté, de la part des rédacteurs du nouveau For, soit à omettre la susdite disposition de l'art. 258 du For de Morlaàs, soit à ne se référer qu'à l'art. 75 de ce même For, qui ressemble à l'art. 258, mais omet d'ajouter : « ...attendu qu'ils ont réalisé ce gain avec les biens du père. »

Il y avait parfois des difficultés notamment en ce qui concernait le *caval*, petit troupeau que possédait ordinairement le cadet d'une famille paysanne. Il était presque toujours reconnu que le caval avait été confié par le *pater familias* à son enfant. Ce dernier en devait donc le rapport ².

Les intérêts et fruits des choses données, perçues par le bénéficiaire pendant la vie du *de cujus*, ne sont pas rapportables. Si une dot a été constituée à un enfant dans son contrat de mariage et qu'elle n'ait pas encore été fournie au jour du décès du *de cujus*, l'héritier devra lui payer, outre le capital de la dot promise, les intérêts courus jusqu'à ce jour.

Tous les légitimaires doivent le rapport, le cas échéant,

1. Encore cette prescription n'était-elle pas absolue, tout au moins en Béarn. Le Parlement de Navarre jugea, en 1664, contre les créanciers en faveur de Lalanne de Nay, armurier *excellent*, qui, du vivant de son père, ouvrier *médiocre*, avait beaucoup gagné en sa compagnie. Il fut dispensé de rapporter le produit de son travail en faveur des créanciers du père.

2. De nos jours encore, le père de famille, pour intéresser ses enfants aux bénéfices de l'exploitation, leur donne en propre quelques moutons, des couvées à élever, des lapins. Il paraît difficile de soumettre au rapport ces dons de peu d'importance.

y compris l'aîné. Au pays basque français et en Béarn, les dispenses de rapport sont admises, mais à condition que les biens donnés ou légués soient des biens libres. Il n'en est pas de même si elles portent sur des biens avitins ou vinclés dont on ne peut disposer à sa volonté. Cependant une telle dispense était toujours valable lorsqu'il s'agissait des dots moniales ; on considérait que la constitution de ces dots n'était point faite à titre gratuit ; il y avait là une sorte de contrat à titre onéreux conclu avec le couvent, qui, en échange de la dot, s'obligeait à pourvoir aux besoins du nouveau religieux et à lui rendre les honneurs funèbres à sa mort. Le titre clérical était, au contraire, rapportable.

En Haute-Navarre, la distinction des avitins et des acquêts avait moins d'importance à ce point de vue, parce que le père de famille y jouissait de la liberté absolue de disposer. Le rapport (*colacion*) était bien dû en principe par les enfants du premier lit, mais le père pouvait les en dispenser. Au contraire, les enfants nés de mariages subséquents devaient le rapport *dans tous les cas*, car on ne voulait pas que les parents pussent, en les en dispensant, arriver à leur faire un avantage plus grand que la loi ne le permettait. La renonciation à succession ou à légitime entraînait dispense de rapport.

E) Réduction

Si le *de cujus* a fait aux puînés, sur les biens vinclés comme sur les biens libres, sans dispense de rapport, des libéralités qui excèdent leurs droits de légitime, il y aura lieu à réduction. Lorsque des dons ou legs portant sur des biens vinclés ont été faits à des étrangers, l'action en réduction est toujours possible, ce sera même une action en nullité, puisque la libéralité sera anéantie. Si la donation porte sur des biens libres, la réduction ne sera pas opérée.

Rappelons, sans nous étendre davantage, que les dots pouvaient être soumises à réduction lorsqu'elles portaient sur des immeubles qui se retrouvaient en nature lors du décès du constituant. C'était, au Parlement de Navarre, de jurisprudence constante. Ainsi l'aîné qui ne trouvait pas son droit

d'aînesse, ou le cadet sa légitime, pouvaient obliger la fille à rapporter sa dot pour venir au partage, jusqu'à concurrence de sa propre légitime¹. Mais il était possible de renoncer par avance à l'exercice de cette action. La présence du frère aîné au contrat de mariage de sa sœur suffisait à l'empêcher de se plaindre plus tard de l'immensité de la dot. Au contraire, la dot des filles, quand elle était payée en argent, n'était pas sujette au retranchement de la légitime, car « l'argent comptant n'a point de suite pour l'avitinage ».

Les actions en rapport ou en réduction se prescrivent par trente ans, à dater du jour où la libéralité a été faite. Le délai court donc pendant la vie du *de cujus*. Cela n'a pas grand inconvénient, les enfants pouvant agir immédiatement, par voie d'action conservatoire. (Réponse du Parlement de Navarre à la dixième question *in fine* concernant les donations.)

VI

PARTAGES

Le partage est la répartition des biens du défunt entre les héritiers. Judiciaire, il se fait conformément aux dispositions prévues par la loi. Extra-judiciaire, il s'effectuera suivant les modalités que les intéressés adopteront. Sous l'empire de nos Coutumes, la grande majorité des partages appartient à ce second type. Ils sont d'ailleurs assez rares, car les successions testamentaires, ou tout et réglé par le *de cujus*, constituent la grande majorité.

Le For General de Navarre s'occupe du partage. Les chap. XII, XIII, XVIII et XXI du titre IV, livre II, lui sont consacrés. Ils se réfèrent aux deux hypothèses suivantes : celle où une succession noble échoit à des collatéraux, et celle où une succession roturière est dévolue à des descendants mineurs. Le For déclare que si une famille de gentilshommes² divise

1. Réponse à la dixième question proposée par M. le Chancelier concernant les donations : Si la dot des filles mariées est sujette au retranchement de la légitime ?

2. « Si hermandad de fidalgos... » Le mot *hermandad* est pris, dans le langage des Fors, dans un grand nombre de sens différents. Tantôt il sert à désigner une sorte de communauté universelle de biens entre époux ; tantôt, et c'est le cas ici,

l'héritage de l'aïeul ou le patrimoine du père en deux ou trois parts ou plus, le partage doit se faire au sort. Si quelqu'un des frères meurt, il faut partager à nouveau; et nul ne peut prétendre à davantage s'il a concouru au partage¹.

« Si tous les frères ne peuvent assister au partage, on prend la part de l'absent, en fournissant caution pour la garantir pendant un an et un jour. Si, dans le cours de l'année, l'absent revient, il peut réclamer s'il ne trouve pas sa part bien faite. Si, à l'expiration de ce délai, il n'a pas reparu, l'un des co-héritiers est envoyé en possession, à charge de restituer éventuellement la part de l'absent. Si ce dernier meurt sans laisser femme ni enfants, l'aîné des frères recueillera sa part. » (Chap. XIII.)

Voici maintenant les textes qui s'occupent du partage entre roturiers :

« Si des villageois partagent comme il est dit ci-dessus, et que l'un d'entre eux meure, celui ou ceux qui auront pris part au partage avec le mort devront recevoir la moitié de ses biens, tous les autres venant par tête au partage de l'autre moitié. »²

Enfin, le chap. XXI, au titre de la succession *ab intestat*, et qui, primitivement, ne devait s'appliquer qu'aux roturiers, contient les dispositions suivantes : « Si le mari prédécède, en laissant des enfants mineurs de sept ans, les parents du côté paternels auront la garde de l'héritage jusqu'à ce que les enfants soient en âge. A ce moment, il sera procédé au partage qui devra être tel que les enfants puissent recueillir la moitié de tout l'héritage paternel et maternel, la mère pouvant prélever quelques hardes; et si le *de cujus* décède sans enfants, ses biens doivent faire retour à la ligne d'où ils proviennent. »³

l'ensemble des frères et sœurs. Nous avons vu ce qu'était le *testamento de hermandad*. Enfin, dans les provinces basques, au Moyen Age, les *hermandades* étaient des sortes de compagnies franches destinées à assurer la répression du brigandage.

1. « Si hermandad de fidalgos parten las heredades de abolorio ó de patrimonio dos en dos, o tres en tres, o mas, de que las heredades sean partidas et firmadas por suert si despues muere alguno de la hermandad; ninguno non demande mayorio en sus heredades, sacando aquellos que prisieron suerte con eill por fuero. » (Chap. XII.)

2. « E si villanos parten, como dicho es de suso, et muere alguno de la hermandad, aqueill o aquellos que prisieron part con el muerto, deve aver la mietat de sus bienes, et la otra mietat partan todos por cabeza. » (Cap. XVIII.)

3. « Si el marido muert viviendo la mujer, et hobiendo creatura que no hayan edat, los parientes del padre pueden toiller las creaturas, et todo lo del padre a crear

Ce texte met en relief la dualité du système successoral primitif. Pour les nobles : droit d'aînesse et usufruit très étendu du conjoint survivant ; pour les roturiers : partage égal et droits restreints de la veuve. La nécessité de procéder au partage prévu par cet article disparut avec l'extension à tous les époux survivants du bénéfice de l'*usufructo de fealdat*.



las creaturas atta que hayan siete anos cumplidos, los siete ainos pasados vayan o quisieren, et la particion debe ser a tal que la mitad de todas las heredades del padre deven prender, et de la madre estas creaturas, eilla prendiendo unos vestitos para si, et loal partan por meyo; qual que muere sens creaturas, las heredades del muerto deven tornar a su natura. »

CHAPITRE XXIII

L'Exhérédation



A Coutume, avons-nous dit, appelle en première ligne l'aîné des enfants parce qu'elle le juge le plus apte à remplir la tâche qu'elle propose : conserver et améliorer la maison, perpétuer la famille. Cette raison seule a pu le faire préférer à ses autres frères. Si donc, par suite de circonstances spéciales : faiblesse d'esprit, prodigalité, paresse invétérée, l'aîné risque de compromettre le patrimoine qui lui serait confié, il n'est pas possible de lui en donner la direction. Le père fera bien de choisir un autre héritier. Mais l'indignité de l'aîné peut tenir à d'autres causes : il peut avoir commis des fautes graves, méconnu l'autorité paternelle ; en ces hypothèses, le chef de famille dispose d'une arme plus efficace encore : c'est l'exhérédation.

Or, de cette arme, il ne lui est pas permis de mal user. Le For de Béarn et le For Général de Navarre, particulièrement détaillés, précisent les hypothèses où il a le droit de s'en servir.

« Si l'enfant, dit le For de Béarn ¹, porte la main sur son père, sa mère ou sur l'ami du père, ou sur des ascendants, avec l'intention de mal faire, ou s'il leur fait une injure grave, où s'il les accuse de crime, à moins qu'il ne s'agisse de crime commis contre le seigneur ou contre le commun du pays, car, en ce cas, il les peut accuser ; ou si le fils fréquente des per-

1. Article 45 des *Lois de l'Empereur*, recueil de textes de droit romain extraits du Digeste, du Code, des Institutes et des Nouvelles de Justinien, et œuvre d'un foriste béarnais anonyme.

sonnes qui se livrent à des maléfices (*sic*), ou s'il couche avec sa marâtre (*resic*), ou s'il fait un engin avec lequel il veuille tuer son père, ou s'il traduit à tort son père en justice et que le père en souffre grand dommage; ou si le père est saisi à raison d'une dette et que le fils refuse de lui servir de caution pour la somme jusqu'à concurrence de laquelle on veut le prendre comme caution; ou si le fils empêche son père de tester et de laisser une part de ses biens pour le salut de son âme; ou s'il fréquente des histrions (!) contre la volonté de son père; ou si c'est une fille mineure de vingt-cinq ans qui refuse d'accepter le mari honorable que son père lui propose et vit dans l'inconduite; enfin, si le père perd la raison et que le fils ne veuille pas subvenir à ses besoins, dans tous ces cas, si on le demande, le fils perd l'hérédité, à supposer que le père ne l'ait point déshérité. »

Ce texte est visiblement inspiré de la Novelle 115. Les griefs invoqués constituent à la fois des causes d'exhérédation et des causes d'indignité, puisque si le père a omis d'exhérer l'enfant, les intéressés peuvent le faire déclarer déchu de la succession.

Quant aux collatéraux, il faut conclure, dans le silence des textes, que si le *de cujus* est autorisé à priver de tout droit sur sa succession ses enfants légitimes, il dit *a fortiori* lui être permis d'agir de même à l'égard de parents plus éloignés, même réservataires (pour les trois quarts des propres en Béarn). En tous cas, l'exhérédation doit être faite en termes exprès; le *de cujus* ne saurait se contenter d'écrire : « J'institue X. (un étranger) héritier universel de tous mes biens. »

« Si le fils porte des coups à son père ou à sa mère, s'il les accuse de crime, s'il les prend aux cheveux (*sic*) ou s'il leur adresse des injures (qu'on pourrait appeler légales, parce qu'elles sont, dans toute leur crudité, répétées dans la loi), nous dit le For de Navarre ¹, alors le père de famille peut

1. « Empero el padre bien puede desheredar a creatura de pareilla et de barragana, si al padre fiere con mano airada del puino, o lo clama traidor probado ante hombres. Otro si clamare a su madre puta probada, o mesiella probada ante hombres, debe ser desheredado. » (F. G., 1, tit. XX, liv. III.)

« En cual razon puede padre, o madre dessafijar al fijo. Padre, ni madre non puede dessafijar si non por ciertas cosas, es a saber: Si fiere el fijo al padre o a la madre, o sil faz jurar por acusamiento de crimen, o si le prende por los caveillos, o si clama traidor probado o meseillo ante hombres bonos, o dize a la madre de

déshériter son enfant, mais il ne peut le faire s'il n'a pour but que de léguer tout l'héritage à un seul de ses descendants. Il ne peut priver les autres enfants que des meubles; il peut aussi les avantager légèrement à l'aide d'immeubles (F. G. de Navarre, VIII, tit. IV, liv. II).

Si nous n'en connaissons la date, l'*in fine* de ce texte suffirait à nous démontrer son antériorité par rapport à l'institution de la légitime forale à laquelle nous avons consacré d'importants développements. Les commentateurs Morales et Castejón remarquent que ces textes sur l'exhérédation, demeurés en vigueur, ne cadraient plus très bien avec les dispositions nouvelles résultant de la loi de 1688 (loi 16, tit. XIII, liv. III de la N. R.) qui réduisait le droit des enfants à une réserve purement symbolique (v. *supra*, ch. XVIII, p. 366). Ils avaient leur raison d'être au temps où les pères de famille avaient le devoir de laisser à chacun de leurs enfants une part de biens immobiliers à peu près égale, tout au moins chez les roturiers), suivant les termes de l'art. 2, tit. XIX, liv. III du *Fuero General*; mais cette raison d'être avait disparu, les chefs de maison n'étant plus tenus que de léguer à leurs descendants la légitime symbolique, et cette faculté équivalant, en pratique, à un droit d'exhérédation pratiquement illimité et incontrôlable. Il ne peut plus y avoir d'exhérédation, là où il n'existe plus d'héritier obligé (*no existiendo heredamiento forzoso, no cabe desheredamiento*).

En réalité, l'exhérédation existe encore, mais n'entraîne plus, quand elle est prononcée, que la privation de la réserve symbolique. C'est donc une sanction avant tout morale. Elle subsiste néanmoins, et n'est pas sans valeur dans un pays de fortes traditions comme l'est la Haute-Navarre; nous avons vu, à propos de l'étude consacrée à la légitime, que sa nullité est souvent invoquée, dans les litiges portant sur des questions de succession.

estas cosas sobre escrituras; puede ser desheredada la creatura. Et si el padre ha hijos o hijas, et quisiere dar todo lo suyo a una creatura nol puede dar; que non puede desheredar a las otras creaturas mas del mueble. Puede dar más a una creatura que a otra una pleza, o una vina, et puede amejorar desheredamiento, por razon de casamiento. » (F. G., chap. VIII, tit. IV, liv. II.)



Les art. 26 et 27 du titre XVII de la Coutume de Soule, 10 et 11 du titre XII de la Coutume de Labourd, 2, XXVII des Fors et Coutumes de Navarre, frappent de la même peine les enfants qui ont manqué de respect à leurs parents en méconnaissant leur autorité. Est déshérité et doit se contenter de la légitime, l'héritier qui a contracté mariage contre la volonté des deux père et mère, ou même contre celle du collatéral propriétaire du bien de famille, avant d'avoir atteint l'âge où ce consentement n'est plus requis (Soule, XXVII, 26; Lab., XII, 10). Cette exhérédation est facultative en Soule et de droit dans le Labourd; mais, dans cette dernière province, il peut y avoir rappel à succession (XII, 15).

En ce cas, c'est le second frère qui hérite. « Le droit d'aînesse, en cas de privation, va de degré en degré, selon l'ordre de naissance. » (Soule, XXVII, 26; Lab., XII, 10.) Et, « quand tous les enfants, avant ledit âge, auront contracté mariage contre la volonté des ascendants, ceux-ci peuvent les déshériter, s'ils le veulent, excepté de la légitime, et, audit cas, la succession des biens avitins tombe au plus prochain habile à succéder par la Coutume. » (S., XXVII, 27; Lab., XII, 11.)

Le For réformé de Béarn ne contenait aucune disposition analogue, mais, à partir de 1639, et suivant l'ordonnance de Blois rendue par Louis XIII, on admit comme cause d'exhérédation le fait, pour un fils âgé de moins de trente ans et pour une fille de moins de vingt-cinq ans, de s'être marié sans le consentement des parents.

La législation haut-navarraise s'inspire de préoccupations identiques (loi I, tit. IX, liv. III de la N. R.) : « Considérant que les mariages clandestins sont fréquents en ce royaume, que cette pratique est pleine d'inconvénients, qu'il convient donc d'édicter que celui qui aura contracté un mariage réputé clandestin par l'Eglise, ainsi que ceux qui se seront entremis (*los que intervinièren*) ou auront figuré comme témoins encourront la confiscation de la moitié de leurs biens, seront déférés

au tribunal de Votre Majesté et bannis du royaume où ils ne pourront revenir *sous peine de mort*, qu'il y a là un juste motif pour les parents de déshériter leurs filles qui contracteraient un mariage dans ces conditions, nous prions V. M. d'ordonner qu'il appartiendra au père ou à la mère de prendre une telle mesure, ou, à défaut d'eux, les parents ou curateurs qui auront la charge de ces enfants, sans que cette disposition puisse être étendue aux garçons (*y que esto no se entienda en hijos*).

« DÉCRET: Ordonnons qu'il y aura possibilité pour les parents de déshériter leurs filles en semblable circonstance, et de ne pas les doter. Qu'il en soit ainsi jusqu'à la réunion des prochaines Cortés que nous entendons convoquer. »

A examiner de près cette loi, on constate qu'elle semble bien prévoir deux traitements différents. Pour les garçons : confiscation, bannissement et, bien entendu, exhérédation. Pour les filles : exhérédation et privation de dot.

La loi suivante de la N. R. nous indique quelle fut la décision des Cortés de Corella, dont le précédent « Decreto » prévoyait la tenue. « Nous supplions V. M. d'ordonner que la loi précédente sur les mariages clandestins adoptée aux Cortés d'Estella devienne définitive, sous cette réserve que ceux qui auront joué le rôle d'entremetteurs ou de témoins seront, s'ils s'agit de gentilshommes ou de personnes de qualité, bannis du royaume, et s'il s'agit de personnes d'autre rang, fouettés publiquement.

« DÉCRET: Sur la demande des trois Etats, ordonnons que soit maintenu ce qui a été disposé aux Cortés d'Estella. Les entremetteurs et les témoins se verront confisquer la moitié de leurs biens et seront bannis du royaume, où ils ne pourront rentrer sous peine de mort (*so pena de muerte natural*). L'action n'appartiendra qu'au père et à la mère, et au tuteur à défaut des parents. »

Ajoutons que les peines édictées n'étaient pas appliquées, même à l'époque de la N. R. Seules subsistaient les sanctions civiles prévues : l'exhérédation et la privation de dot.



Il résulte de ces dispositions que l'exhérédation devait être expresse et motivée. Les cadets de qui les parents n'avaient point fait la part dans leur testament ne pouvaient se trouver déshérités par cette omission ou prétériton.

Cette nécessité de laisser aux cadets prétérits une légitime convenable pouvait entraîner l'annulation du testament et une réduction de la part faite à l'aîné. Les biens devaient être alors, comme en matière de succession *ab intestat*, partagés par les quatre plus proches parents du défunt (art. 5 du F.R. de Béarn), auxquels venait s'ajouter, en cas de désaccord, un cinquième parent (art. 8, rub. XXVII du For de Basse-Navarre). Ceux-ci procédaient modérément eu égard à la valeur et aux charges des biens. Ils pouvaient, en Béarn, s'inspirer des termes de l'authentique: *De Semisse et Triente*.

Ces dispositions protectrices des droits héréditaires des descendants se retrouvent dans toutes nos Coutumes.



CHAPITRE XXIV

Vacance et déshérence des successions Droit d'aubaine



UNE succession est vacante quand aucun héritier légitime ou testamentaire ne se présente pour la recueillir. Cela se produit très rarement dans nos Coutumes, puisque, d'une part, les collatéraux succèdent sans limitation de degrés; et que, d'autre part, l'usage de faire un testament est très répandu. Aussi, toutes les Coutumes ne prévoient-elles pas la déshérence, mais seulement celles de Basse-Navarre et de Béarn, ou encore certains Fors particuliers. Les textes béarnais (art. 14 et 15 du F.R., rub. des Successions) règlent même la question de façon très complète.

Les personnes qui, ayant des droits à exercer sur le patrimoine du défunt, ne trouvent pas d'héritiers à qui s'adresser, présentent une requête au seigneur du lieu pour qu'il fasse appeler lesdits héritiers, s'il y en a. Le seigneur envoie en ce sens un mandement aux bailes : « Nous, Gaston, ... à vous mandons, sous peine de tant, que par trois fois, de trois jours en trois jours, par le crieur accoutumé et dans les lieux ordinaires, vous fassiez crier, publier et mander, et sinon annoncer par le prêtre à l'église, par un jour de dimanche ou autre fête solennelle, quand la majeure partie du peuple sera assemblée, que s'il y a quelque personne qui veuille se porter ou qui doive être proche héritier de ladite maison, biens et choses, elle vienne et se présente pour tel devant nous, dans les vingt jours après dernière publication et dénoncia-

tion faite. » La formule du mandement ajoute que si, passé ce délai, il ne s'est pas présenté d'héritier, les biens de la succession seront vendus aux enchères ¹.

En attendant, la succession était administrée par un curateur nommé par les jurats du lieu où les biens étaient situés et qui prêtait serment devant eux ².

Il y a déshérence quand il est certain que le défunt n'a laissé aucun parent au degré successible ni aucun héritier testamentaire. La succession est alors dévolue à l'Etat.

La déshérence est prévue par le For réformé de Béarn. « Si augun personadge decedex *ab intestat*, sens habe parentz en lo present país a fora dequet, lo senhor de Béarn succedira en toutz son béés. » (Art. 14, rub. des Successions.) Donc, le roi de Navarre, comte de Béarn, et, depuis 1620, le roi de France, recueille la succession en déshérence. Toutefois, quand des biens dépendant d'un semblable héritage se trouvent situés sur la terre d'un gentilhomme, ce dernier succède aux immeubles; le souverain ne recueille que les autres biens ³.

Pour qu'un seigneur puisse ainsi recueillir par déshérence les immeubles qui sont dans son fief, on n'exige pas de lui qu'il ait la qualité de haut justicier. Dans nos provinces, en effet, la haute justice était réservée au souverain, au *senhor major*. Les seigneurs médiats, visés par l'article 15 du For réformé, n'avait que moyenne et basse justice.

Les rois et les seigneurs n'étaient pas des héritiers, mais des successeurs irréguliers; il n'étaient donc tenus des dettes du défunt que dans la limite des forces de la succession.



De la succession des bâtards, il y a peu de choses à dire. Lorsqu'un bâtard décède sans postérité et sans avoir institué

1. MAZURE et HATOULET: *Mandement de recouvrer la dot et appeler héritier*, p. 291.

2. Cf. le For de Labastide: lorsqu'un homme vient à mourir sans héritiers connus, les consuls sont tenus de garder les biens pendant un an et un jour, et de faire inventaire.

3. « Saub empero que quoad personadge habera deu bée en la terra deu gentiu, lo senhor deu loc succedira en los béés sedentz qui seran de son fiu et juridiction; en los autres béés succedira lo senhor major. » (Art. 15, même rubrique.)

d'héritier testamentaire, le seigneur du lieu de son domicile recueille la succession, à condition que le bâtard soit né, domicilié et décédé sur la terre du seigneur.

Si l'une de ces trois conditions fait défaut, c'est le Roi qui succède. Si le bâtard laisse des biens situés hors la terre du seigneur, ils reviennent au Roi, même si ces biens se trouvent placés dans le ressort d'une autre justice seigneuriale.

Si le lieu de naissance du bâtard est inconnu, on présume qu'il n'est autre que le lieu de son dernier domicile. Si le bâtard décède ailleurs qu'en la terre de son seigneur, mais qu'il n'ait quitté cette terre qu'avec esprit de retour, ledit seigneur succède néanmoins.

Il semble qu'il n'y ait là que l'application du droit commun coutumier en la matière.

*
**

La situation des aubains, en Navarre et en Béarn, était plus originale. A la différence de la déshérence, l'aubaine est un droit régalien. Il appartient au seul chef de l'Etat, et non aux seigneurs médiats. De plus, alors que la déshérence s'applique à tous les biens sans maître, l'aubaine ne s'exerce que sur des biens appartenant à des étrangers. A s'en tenir au seul art. 14, on pourrait croire que le droit d'aubaine n'était pas admis en Béarn, le seigneur de Béarn ne recueillant que les biens de ceux qui ne laissent pas d'héritier « en le présent pays et hors celui-ci ». Cependant, on a découvert, dans les registres de la Chambre des comptes de Navarre, des lettres de naturalité accordées à des étrangers par Henri II de Navarre et par Henri IV, par lesquelles ces princes renonçaient en faveur des bénéficiaires de ces lettres au droit d'aubaine dont ils jouissaient à leur égard; ils défendaient à leurs procureurs généraux de réclamer leur succession s'ils venaient à mourir en leurs Etats.

Maria explique que les habitants de la Haute-Navarre, quoique sujets du roi d'Espagne, échappaient de plein droit à l'aubaine, car ils étaient considérés comme regnicoles, n'ayant été soustraits à la domination française que par l'usurpation

de Ferdinand, roi de Castille. L'exception faite en leur faveur équivalait à une sorte de protestation permanente contre l'injuste violence de ce prince. Ce bénéfice n'était d'ailleurs pas réciproque.

Une deuxième exception concernait les Aragonais, sans cesse mêlés aux gens de nos provinces avec lesquels ils faisaient un commerce important. Cette exception était réciproque. Le souvenir des luttes soutenues en commun contre les Maures eût pu suffire à justifier cette exemption, qui n'était formulée dans aucun traité, mais qu'un usage constant avait consacrée « pour maintenir l'union et le commerce entre deux peuples qui ont grand besoin l'un de l'autre ».

Deux siècles ont passé, et cette constatation, qui s'applique maintenant aux rapports de la France et de l'Espagne, a conservé sa valeur. Puisse-t-elle demeurer présente à l'esprit des hommes d'Etat des deux pays voisins !



L'aîné basque et le Code civil



ES diverses institutions que nous venons de passer en revue nous ont montré combien nos ancêtres étaient attachés au grand principe de la conservation des biens de famille. Ils avaient de bonnes raisons pour y tenir et pensaient que la richesse du pays et le bonheur matériel des habitants dépendaient de cette organisation forte et solide. Le Code civil, cédant aux idées égalitaires que la Révolution avait mises en faveur, supprima sans hésiter¹ le droit d'aînesse, la règle *paterna paternis, materna maternis*², l'intérêt de la distinction des propres et des acquêts quant aux droits respectifs des héritiers, le retrait lignager.

Ce système peut se défendre dans un pays riche, où la propriété foncière rémunère amplement le travail de l'agriculteur; il n'a pas donné, dans le pays basque et en Béarn, les bienfaits économiques qu'on en attendait, et fut d'une application néfaste dans les régions montagneuses au sol dur et ingrat. De gré ou de force, il fallait que Basques et Béarnais s'accomodassent de lois qui venaient bousculer leurs idées sur la perpétuité de la famille et la solidarité qui en relie les membres. Placés en présence du nouveau régime, ils se sont

1. *Supra*, chap. XII.

2. On peut considérer le système de la fente (733, C. c.) comme un vestige de cette règle. On sait qu'en vertu de ce principe, toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux se divise en deux parts égales: l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour ceux de la ligne maternelle. Le Code présume que les biens sont venus au *de cujus* en parties égales de chacune des deux lignes, présomption le plus souvent contraire à la réalité.

cramponnés au minimum de liberté que leur laissait le Code civil. Pour sauvegarder leurs Coutumes et la conservation du bien avitin dans la famille, ils usent invariablement du quart dont la loi leur laisse la libre disposition, en faveur d'un de leurs enfants, lequel prend le nom d'héritier. C'est lui qui est chargé de conserver le domaine patrimonial dans son intégrité. « Dans le Midi, constate en 1866 un rapport de l'enquête agricole (1^{re} série, p. 124), les traditions, plus fortes que la loi moderne, assurent assez fréquemment la conservation entre les mains de l'aîné de la majeure partie ou même de la totalité des biens immeubles, à la condition pour lui de désintéresser ses cohéritiers. »

Pour le choix de cet héritier, ils ne sont plus guidés par les Coutumes qui les réglementaient, maison par maison pour ainsi dire, avant la Révolution. Ils continuent à désigner l'aîné des enfants ou même à faire un aîné, fils ou fille : les convenances seules décident du choix entre l'un et l'autre sexe. « A Saint-Jean-le-Vieux, note en 1897 l'économiste basque Louis Etcheverry, plus de la moitié des maisons souches appartiennent à des héritières. »¹ En Soule, l'héritier (*primu*) ou l'héritière (*prima*) n'est pas nécessairement l'aîné des enfants. Souvent, l'*Etcheco jaun* choisira un garçon de préférence à ses grandes sœurs, d'abord pour que le nom se perpétue avec la maison, et puis parce qu'il préfère que la femme vienne du dehors car il s'entendra plus facilement avec un fils et une belle-fille qu'avec une fille et un gendre. Or, il importe que son autorité soit sauvegardée, car c'est lui qui, jusqu'à sa mort, commandera céans. D'autres fois, il préférera avantager une fille : l'aînée ou la plus robuste et la plus active, parce que les femmes de la maison ne sympathiseront peut-être pas avec une bru étrangère, surtout quand la mère n'a pas un caractère facile. Les notaires savent bien que la discorde et la ruine des maisons qui en est la conséquence, viennent souvent de ces querelles, insignifiantes au fond. Et, d'autre part, le père est plus sûr, pour ses vieux jours, du dévouement de sa fille, que des soins d'une étrangère qu'il ne connaît pas.

1. *La situation des familles dans un village du pays basque français*. (Réforme Sociale, 1885, t. I.)

Enfin, la raison principale, c'est que les filles sont bonnes à établir plus jeunes que les fils. Elles assurent plus tôt l'avenir de la maison, souci constant des parents. « Dans une famille de Saint-Jean-le-Vieux, en Basse-Navarre, nous dit Louis Etcheverry, on réservait le domaine au deuxième enfant qui était un fils. L'aînée, une fille, avait été mariée cinq ans auparavant. Mais voilà que l'héritier futur meurt à vingt et un ans : cruel mécompte pour les parents ! Après lui venait encore une fille, puis deux fils en quatrième et cinquième ligne. Le premier d'entre les fils avait vingt ans quand l'occasion se présenta de marier sa seconde sœur. Les parents le consultèrent et lui dirent : Seras-tu mécontent si nous marions ta sœur à la maison et si nous la faisons héritière ? Il répondit : Non. Je vais partir soldat. Je serai absent plusieurs années. Dieu sait ce que je deviendrai. Il vaut mieux assurer tout de suite l'avenir de la maison. Ce qui fut fait. Et c'est ainsi que le domaine passa à une héritière. »

Le désintéressement du fils paraîtra étonnant au premier abord, car il se privait volontairement du quart attribué à sa sœur. Il est vrai que, le jour où il se mariera, il aura la chance de trouver à son tour une héritière ayant reçu la quotité disponible. Son mérite le plus grand consiste à avoir renoncé au domaine de la famille et au titre envié d'*Etcheco jaun*. De même, sa sœur aînée ne peut avoir qu'un regret : celui de n'avoir pas été mariée à la maison paternelle. Elle aussi trouve la compensation du quart disponible dont elle aurait pu bénéficier, dans celui touché par son mari sur le domaine où elle est entrée comme adventice.

Il arrive même parfois — la chose n'est pas exceptionnelle — que les deux sœurs épousent les deux frères. Pierre Apesteguy, héritier, épouse Gratiane Urruty, et Mayi Urruty, héritière, Bégnat Apesteguy. Les époux adventices ont reçu, à peu de choses près, les mêmes dots, de sorte qu'il s'établit entre les deux familles une sorte de compensation, que les vieilles Coutumes appelaient *biscamby* ou *couhouroun*¹.

1. CORDIER : *op. cit.*, p. 88. L'origine latine du mot *biscamby* (*bis cambio*, double change) n'est pas douteuse.



La difficulté est d'arriver à avantager l'aîné de façon suffisante pour lui permettre de continuer la maison. Les familles aisées qui, en sus du domaine, possèdent des valeurs mobilières et un dépôt à la Caisse d'épargne, disposent en général de moyens suffisants pour dédommager les cadets. Mais que faire si la maison n'est pas bien riche, s'il y a de nombreux enfants? Voici comment, en l'une des pages caractéristiques de son livre ¹, Pierre Lhande rend compte des moyens ordinairement employés :

« Quand Arnaud Etcheberry et sa compagne Maïtena se sont aperçus qu'ils vieillissaient un peu et que les fils étaient grands, une pensée les a hantés davantage : il faudra établir notre héritier.

« Maïtena a pris deux poules dans son cabas, et, le jour du marché, elle a prié M. le Notaire de venir, à telle date fixée, à la maison Etcheberry, du village d'Alçagoïty.

« Au jour désigné, quand M. le Notaire a pris le café, Arnaud a dit :

« — Voilà, je voudrais que mon fils aîné, Jean-Pierre, prît la tête de la maison.

« — Fort bien, répond M. le Notaire; mais vous avez d'autres enfants ?

« — Nous avons encore quatre enfants: deux garçons et deux filles.

« — Ah! c'est qu'il faudra partager votre fortune entre tous les enfants. C'est la loi qui veut ça, père Arnaud. De quels fonds disposez-vous pour tout ce monde-là?

« — Nous n'avons que notre propriété.

« — Qui vaut?

« — Cent mille francs.

« — Petit gâteau à nombreuses dents. Mais, père Arnaud, la loi est bonne mère. Elle vous permet d'abord d'extraire de ce magot le quart pour votre Jean-Pierre.

« — Eh bien, Monsieur, je donne à Jean-Pierre vingt-cinq mille francs sur notre domaine. Et le reste ?

« — Vous le divisez en parts égales entre vos cinq enfants, soit quinze mille francs par tête.

1. *Autour du foyer basque*, p. 31.

« — Cela ne fait que quarante mille francs pour Jean-Pierre, à peine la vieille maison, le verger et le jardin. Mais nos champs, nos vignes ?

« — Il vous faudra diviser tout cela en lots de quinze mille francs et le répartir entre vos autres enfants.

**

« Le soir, à la veillée, Arnaud et Maïtena se sont entretenus de cette grave question.

« — Maïtena, il nous faut racheter aux quatre cadets le lopin de terre auquel ils ont droit, et réunir tout le domaine sur la tête de Jean-Pierre.

« — Mais, pauvre homme, où trouverons-nous les soixante mille francs qu'il nous faudrait pour cela ?

« — On peut s'arranger, Maïtena. Nous avons d'abord dix mille francs en rentes sur l'Etat. Nous les donnerons à l'héritier pour que la maison demeure debout.

« — De grand cœur. Mais encore ?

« — Sa fiancée lui apporte une dot de vingt mille francs. Suivant l'usage du pays, nous placerons cet argent sur la propriété.

« — Et ton frère qui est aux Amériques ? N'avait-il pas promis de nous aider si la maison était menacée ?

« — Mon frère m'enverra dix mille francs. Il ne nous reste plus à trouver que vingt mille francs.

« — Arnaud, il nous faut emprunter cette somme. La propriété est bonne ; elle nous fournira de quoi éteindre notre dette. »

**

On voit, par ce dialogue imaginé, que toute la tactique des paysans basques, pour tourner la loi, consiste à racheter aux cadets, au profit de l'héritier, leur part de domaine divisible. Pour couvrir ces frais, ils ont recours à des apports de sources diverses : tout d'abord les économies réalisées dans la maison, sommes variables dont les enfants ignorent généralement l'importance ; les parents les donneront à leur héritier de la main à la main ; elles ne figureront pas au partage. Si ces économies

sont représentées par des titres nominatifs, les parents préféreront recourir au contrat de mariage; au jour où l'héritier s'établira, ils lui reconnaîtront une somme de quelques milliers de francs à titre de gages, pour services rendus à la maison depuis l'âge où ceux-ci s'avérèrent véritablement utiles: dix-sept ou dix-huit ans.

Il y a ensuite la dot de la fiancée ou du fiancé. Il y a, presque toujours, un don des célibataires demeurés au foyer, ou d'un oncle d'Amérique. Souvent enfin, un jeune frère entrant au séminaire ou une sœur cadette au couvent cède, en tout ou partie, leur patrimoine à l'héritier. Ils contribuent ainsi à prolonger pendant une nouvelle génération la conservation intégrale du bien de famille. Sur une famille basque de quatre ou cinq enfants, dit L. Etcheverry, il est rare qu'il n'y ait pas un prêtre ou un religieux, un émigrant ou un célibataire. C'est autant de parts en moins à payer en totalité ou en partie. C'est la soupape de sûreté des maisons¹. Ces donations se font parfois entre vifs, mais le plus souvent par testament. Le donateur conserve ainsi le droit de donner des conseils à l'*Etcheco jaun* et la chance d'en être écouté.

Si le père ou la mère se sent mourir avant d'avoir établi un héritier marié à la maison, il recourt au testament pour faire la donation du quart de ses biens à l'enfant qui doit être héritier. Au jour de son mariage, le survivant des parents lui fera donation à son tour du quart de ses biens, dans le contrat de mariage. S'il se sent mourir auparavant, il prendra les mêmes dispositions par testament. Actuellement, au pays basque, tous les testaments se ressemblent; ils contiennent deux clauses principales: un legs de l'usufruit de la moitié des biens en faveur du conjoint survivant, et la disposition de la quotité disponible par préciput et hors part au profit de l'un des enfants. Invariablement, le même enfant est avantagé par le père et par la mère, de sorte que les deux quotités disponibles, réunies sur sa tête, consolident beaucoup sa situation.

« Quel que soit le mode employé, dit Etcheverry, les parents n'hésitent jamais à attribuer le quart à l'enfant fait héritier. Bien plus, si les parents ont été surpris par la mort

1. *Les Coutumes successorales au Pays Basque au XIX^e siècle*, p. 188 (1898).

avant d'avoir eu le temps de prendre leurs dispositions, il n'est pas rare de voir les cohéritiers eux-mêmes reconnaître spontanément à l'héritier (c'est ordinairement l'aîné), le quart du domaine patrimonial. C'était la règle universelle autrefois; c'est la règle encore dans certaines parties du pays basque qui ont le mieux conservé leurs anciennes Coutumes. »¹

Certains notaires s'efforcent de propager l'usage des partages anticipés. Ces sortes d'actes, disent-ils, permettent aux parents d'avantager le plus commodément l'héritier: ils lui évitent en même temps les difficultés qui pourraient s'élever à la mort de l'*Etcheco jaun*, et que l'autorité de ce dernier, ordinairement très grande, suffit à écarter lors du partage. Le plus souvent, ces arrangements de famille, consentis sous forme de cession de droits successifs, se traitent à l'amiable entre les parties. Ainsi, lorsque les enfants sont mineurs, l'indivision subsiste jusqu'à leur majorité, sous la direction de l'époux survivant ou du tuteur. Quand ils sont tous ou presque tous majeurs, si, par exception, on n'attend pas le décès du survivant des père et mère, on s'accorde amialement; les majeurs se portent fort pour les mineurs.

Un exemple type de ces arrangements de famille est donné par M. Campagne dans son ouvrage: *La conservation du bien de famille chez les Basques*. Il s'agit d'une héritière morte le 25 juin 1888 avant son père et sa mère, en laissant pour lui succéder ses six enfants comparants, alors mineurs. Arnaud Urruty, son mari adventice, père des comparants, fait donation entre vifs, à titre de partage anticipé, conformément aux articles 1075 et suivants du Code civil, de tous les biens de la communauté, sans exception ni réserve. Cette donation est faite, savoir: en faveur de Jean Urruty, à concurrence d'un quart par préciput et hors part (ou huit trente-deuxièmes) chacun des six enfants recevant quatre trente-deuxièmes. La dite donation, expressément acceptée par les comparants, a lieu à la condition que les donataires procéderont immédia-

1. Il ne faut pas trop s'étonner de nous voir traiter cette question comme si tous les pères de famille basques étaient propriétaires de leurs maisons ou de leurs champs, car, ainsi que nous l'avons déjà fait observer, le cultivateur, fermier ou métayer, transmet à son aîné le droit à la jouissance du domaine, le cheptel et le matériel, comme il l'eût fait de la maison et des terres s'il en avait été le propriétaire.

tement, sous la médiation du donateur, à la cession tant des biens donnés que de ceux provenant des successions de leurs grands-parents, qui, jusqu'à ce moment, étaient demeurés dans l'indivision.

Les biens étant impartageables en nature, les co-héritiers Urruty s'entendent pour faire cesser l'indivision existant entre eux au moyen de la cession de droits qui suit : les cinq frères et sœurs cèdent et transportent à M. Jean Urruty, leur frère aîné, tous leurs droits successifs tant mobiliers qu'immobiliers, fruits et revenus échus ou à échoir leur revenant, tant dans les successions de leur grand-père et grand-mère que dans les biens à eux donnés par leur père Arnaud Urruty, moyennant la somme de quatre mille francs, soit ensemble vingt mille francs (nous sommes en 1910!) sur laquelle chacun reconnaît avoir reçu deux mille francs. Dont quittance. Les dix mille francs restant ne seront exigibles qu'au décès de M. Arnaud Urruty père, sans intérêts jusqu'alors et avec intérêts à partir de ce moment. Cette cession est faite, en outre, à la condition expresse que l'héritier favorisé se charge de nourrir, vêtir, loger et soigner son père, sa vie durant, tant en santé qu'en maladie; il s'engage de plus à lui fournir une rente annuelle de cinq cents francs, payable à compter de ce jour. En cas d'incompatibilité d'humeur, Jean Urruty devra exécuter les conventions privées que contient son contrat de mariage, à l'exception de la rente ci-dessus indiquée, qui, au lieu de cinq cents francs sera de quinze cents francs exigibles depuis le jour de la séparation. Pour sûreté du paiement des sommes ci-dessus restées dues, les immeubles dont M. Jean Urruty devient propriétaire incommutable à compter de ce jour, demeurent affectés et hypothéqués par privilège au profit des cédants, ainsi que, pour la sûreté des rentes et autres conditions de la donation, au profit de M. Arnaud Urruty.

On voit d'après cet arrangement ¹ qui, remarquons-le, n'est intervenu qu'après le décès des grands-parents et l'accession des enfants à leur majorité, que les parents continuent à habiter

1. On peut émettre des doutes sur sa validité, car, d'après une décision de la Chambre des Requêtes du 7 août 1860 (D. P., 1860, I. 498), l'acte de partage dans lequel l'ascendant comprend, outre ses biens propres, ceux provenant de son conjoint prédécédé et ceux des enfants donataires eux-mêmes, serait frappé de nullité.

avec leur enfant avantagé. S'il s'élève parfois des difficultés auxquelles les relations entre la belle-mère et la belle-fille sont rarement étrangères, l'amour des ascendants pour leurs enfants et leurs petits enfants empêche le plus souvent la séparation, et il est très rare que les grands-pères et grands-mères se fassent payer en argent la pension convenue : ils vivent et, s'ils le peuvent, travaillent sur le bien comme par le passé. Il en est autrement lorsque la démission du bien a eu pour cause des discordes intérieures entre père et fils, mais ces cas sont relativement assez rares.

Bigot de Preameneu disait, au Corps législatif, que les partages d'ascendants neutraliseraient les effets fâcheux du partage égal. « Le père de famille pourra ainsi éviter les démembrements et conserver à l'un des enfants l'habitation qui continue à être l'asile commun... La division égale des biens détruit les petites fortunes; un petit héritage coupé en parcelles n'existe plus pour personne; si l'héritage demeure entier, il reste un centre commun à la famille. » Joubert tenait un langage semblable.

Les rédacteurs du Code voulaient, par l'art. 1075, conférer au père le droit de former à son gré la part successorale de ses enfants, soit en meubles, soit en immeubles. Seulement, la Cour de Cassation, par une longue suite d'arrêts (des 10 décembre 1848, 25 février 1855, 7 janvier 1863) s'est montré la gardienne de l'application stricte de l'art. 832 et a infirmé de tels partages, tant entre vifs qu'à cause de mort. Elle n'autorise à attribuer tous les immeubles au même héritier que s'ils ne sont pas commodément partageables. Les faits ont ainsi montré aujourd'hui ce que valait le tempérament au moyen duquel les rédacteurs du Code civil espéraient permettre aux familles souches de se maintenir. Les partages d'ascendants furent en fait une source abondante de procès, et les mesures prises par les pères de famille pour assurer le bonheur des leurs eurent trop souvent pour effet de les engager dans des luttes judiciaires où leur patrimoine disparut, dévoré par les frais de justice.

Il résulte, en effet, des décisions jurisprudentielles :

1° Que les cohéritiers peuvent, pendant les trente ans suivant le décès de l'ascendant, demander la nullité d'un

partage dans lequel un père attribue tous ses immeubles à l'un de ses enfants en le chargeant de payer des soultes en argent à ses frères et sœurs. (Cass. Civ., 25 novembre 1857; D. P. 1857, I. 425.)

2° Que quand le père, désireux de maintenir intact le corps du domaine familial, a attribué la quotité disponible par préciput à l'un de ses enfants, la moindre erreur dans l'appréciation de la valeur d'un lot attribué à l'un des cohéritiers suffit pour que soit dépassé le quantum au delà duquel la lésion entraîne la rescision de ce partage. Cependant, aujourd'hui, on tend à valider le procédé consistant, de la part de l'ascendant donateur, à user de la quotité disponible pour empêcher ses descendants d'attaquer le partage pour violation des art. 826 et 832 du Code civil (système de la clause pénale), bien qu'un arrêt du 16 février 1873 (D. 1873, I. 200) ait décidé que l'enfant trop avantagé ne pouvait offrir de payer un supplément en numéraire, si un retranchement en nature sur l'immeuble était possible.

3° Que la validité du partage doit s'apprécier lors du décès de l'ascendant; c'est à ce moment qu'il faut examiner la valeur des biens, et non pas au moment de la donation. Trente ans ont pu s'écouler depuis que les enfants sont entrés en possession de leurs droits respectifs. Peu importe: l'honneur des principes juridiques exige que tout soit remis en question. (Cass. Civ. 2 juillet 1895; D. P. 1895, I. 511)¹.

4° Que l'action en nullité du partage pour vice dans la composition des lots et l'action en rescision pour cause de lésion ne peuvent être l'objet d'aucune renonciation par voie de désistement ou de transaction du vivant de l'ascendant donateur. La Cour de cassation y voit des pactes sur successions futures. (11 juin 1872; D. 1872, I. 452.)

En présence de ces rigueurs, on conçoit qu'il faille chez les parents basques, pour faire encore des partages anticipés, un désir bien vif de ne pas morceler leur domaine et une grande

1. Il s'ensuit qu'un partage, si sérieusement qu'il ait été fait, peut se trouver rescindable, si, entre la date de la donation et celle de décès, certains biens compris dans le partage ont acquis une grande valeur. Le partage d'ascendant vaut, il est vrai, dispense de rapport, et cet avantage compense, dans une certaine mesure, le risque de rescision ou de réduction pour cause de lésion à la demande d'un des co-partageants.

confiance dans la bonne volonté des cadets. Les notaires, cependant, ne redoutent pas de les encourager dans cette voie. Si ces partages ne donnent pas naissance à de plus nombreux procès, c'est au dévouement des cadets qu'en revient l'honneur. Ils acceptent que les dots soient payées peu à peu sans porter intérêts, alors que, dès la mort de l'ascendant, la loi leur donnerait le droit d'exiger le paiement du capital.

Parmi les moyens usités par les familles souches désireuses de se perpétuer, il faut encore noter les évaluations inférieures à la valeur réelle du patrimoine, dans les actes de partage : pratique dangereuse pourtant, vu la rigueur de la jurisprudence plus haut rappelée. « L'estimation amiable arrêtée entre héritiers, sous la direction d'un notaire éclairé, écrit Etcheverry, est généralement de beaucoup inférieure à celle que donneraient des experts rigoureux et au prix que produirait une vente ; on se borne, soit à multiplier le revenu cadastral par 60 ou le revenu net réel par 25, soit à capitaliser le revenu au taux de 4 %¹.

' * '
* *

Tels sont les procédés employés : nous en avons mesuré la fragilité en face des dispositions du Code civil, des interprétations jurisprudentielles et aussi, il faut bien le dire, de l'évolution des mœurs. Etant donné le taux de la natalité, encore relativement élevé dans les Basses-Pyrénées, la quotité disponible, limitée au quart du patrimoine, ne procure pas à l'héritier, quelle que soit la bonne volonté des autres enfants, assez de ressources pour lui permettre de fournir en argent la légitime de ses frères et le conduit souvent à demander lui-même le partage.

Puis, le nombre des « capitalistes » a augmenté de nos jours, avec les fortunes retour d'Amérique. Par là, les occasions de vendre se sont multipliées. La plupart du temps, on résiste encore à la tentation d'en profiter ; tel petit propriétaire tenace refuse de succomber aux propositions alléchantes

1. *Les Coutumes successorales au Pays Basque*, p. 2.

de son voisin « l'Américain » désireux d'arrondir son domaine en englobant celui du petit cultivateur. Cet état de choses a pour conséquence d'exciter la cupidité des cadets et d'élever leurs prétentions ¹.

Enfin, la mentalité des jeunes évolue sous la pression des idées nouvelles et des circonstances économiques : beaucoup trouvent en Aquitaine ou sur la Côte basque des emplois faciles et lucratifs, la perspective de demeurer plusieurs années au foyer familial à travailler pour l'aîné ne leur sourit plus guère. La tentation est grande pour eux de demander, dès le décès de leur ascendant, à entrer en possession de leur modeste part avec laquelle ils iront s'établir ailleurs. La double barrière de la langue et des montagnes avait contribué jusqu'à ces dernières années à sauvegarder les mœurs traditionnelles : jointe aux conditions du travail agricole, elle avait permis la perpétuité du foyer et de la vie commune. Aujourd'hui, la multiplication des voies de communication, ouvrant des débouchés nouveaux et facilitant les rapports lointains aussi bien que les déplacements de courte durée, avance imperceptiblement la ruine de l'ancienne organisation sociale des campagnes. Le foyer stable a cessé d'être le seul élément productif de richesse depuis que la locomotive électrique ou le car automobile pénètrent au tréfonds des vallées.

La résultante de toutes ces circonstances est que, très souvent, le domaine sombre, faute de pouvoir réunir la somme suffisante pour racheter les parts des cadets, soit que cette chute s'opère lors du partage devant les réclamations des jeunes, soit qu'elle se produise, comme c'est le cas le plus ordinaire, longtemps après l'exécution du testament, parce que le propriétaire n'a pu parvenir à couvrir la dette contractée jadis pour racheter les parts. Ainsi s'allonge dans les journaux la liste, si triste au cœur des vieux Basques traditionnalistes, des maisons souches qui durent être licitées.

Nous empruntons encore au livre de P. Lhande (*Autour du foyer basque*) quelques cas d'espèce :

1. Il est vrai que ce rapatriement des hommes et des capitaux, particulièrement important dans les années qui suivirent la grande guerre, ne cesse de décroître. Les restrictions de change et les interdictions d'exporter des devises, en vigueur dans les pays sud-américains, en sont la cause.

Premier cas: *Licitations exigées par les cadets.*

1° La maison souche Etchaounia, sise au village de Barcus, en Soule, maison natale du poète Etchaoun, fut vendue le 17 mars 1888, à la suite d'un procès intenté par les cadets qui ont voulu, à tout prix, qu'on fît droit à leurs exigences.

2° La maison souche Orabegaraia, du petit village de Roquiague, fut vendue une première fois vers 1780 sur les réclamations intransigeantes des cadets. L'aîné, par un riche mariage avec l'héritière de la maison souche Phordoia, réussit à racheter le domaine de ses ancêtres et dirigea de pair les deux maisons; mais il ne put suffire à la tâche. En 1883, Orabegaraia fut vendue, ébranlant Phordoia dans sa chute.

Second cas: *Dettes contractées pour racheter les parts.*

1° La maison souche Guibelegieta, de Barcus, s'est vendue en 1906. Les dettes contractées au jour du partage pour racheter les parts des cadets ont pris le dessus, malgré les efforts du jeune héritier, qui n'a pu faire face aux affaires et a dû quitter le pays en abandonnant la maison.

2° La maison souche Garatzana, du village de Chéraute, près Mauléon, s'est vendue deux fois. Comme le domaine Orabegaraia, elle a été rachetée d'abord par un membre de la famille, lorsque l'héritière dut la mettre en vente, faute de pouvoir recouvrer la somme distribuée à ses jeunes frères. Le nouvel acquéreur, un beau-frère de l'héritière, a fait son possible pour remettre à flot le domaine en désarroi. Il n'a pu y réussir et a dû vendre, en 1900, la propriété qu'il avait voulu sauver et la sienne propre, Idiartia, de Roquiague, compromise dans ses affaires.

L'auteur qui rapporte ces faits navrants considère notre régime successoral comme en étant le seul responsable¹. Sans

1. Son opinion est d'ailleurs conforme à celle de Le Play et d'un grand nombre de Basques français. Certains proposent, à titre de palliatif, l'extension de la quotité disponible, dans tous les cas, à la moitié des biens, et l'égalité du partage en valeur seulement et non en nature. En 1897, le Conseil général des Hautes-Pyrénées, examinant les moyens de remédier à la dépopulation de ce département (certains villages de montagne ont perdu, depuis un demi-siècle, le tiers de leurs habitants), votait une motion tendant à ce que l'on accordât au père de famille plus de liberté pour tester. « Cela permettrait à notre belle race de paysans moyens propriétaires de se conserver et de se perpétuer sans le secours de moyens irréguliers ou de qualité exceptionnelle dont il serait téméraire d'espérer le maintien indéfiniment. »

doute, à l'origine, en fût-il ainsi, mais nous croyons qu'à l'heure actuelle le mal réside plus encore dans l'évolution des idées que dans celle de nos lois. Si par aventure, une plus grande liberté de tester était donnée aux population du Béarn et du pays basque, il ne s'ensuivrait pas nécessairement une amélioration de l'état social et du bien-être économique de ces régions, les cadets, dont le travail non rétribué faisait la force des maisons, n'ayant plus, de nos jours, les mêmes raisons qu'autrefois de demeurer au foyer familial et ayant de plus en plus tendance à réclamer le versement immédiat de leur part réservataire, si bien qu'une telle réforme, d'ailleurs hypothétique, susciterait une infinité de rancunes tenaces.



APPENDICE

Le partage égal et les décrets-lois

E présent ouvrage était presque terminé quand fut pris le décret-loi du 17 juin 1938 modifiant assez profondément la teneur des articles 815, 822, 827, 832, 859, 860, 866 et 1075 du Code civil.

Nous croyons utile d'en faire une analyse rapide et sommes persuadé que les dispositions nouvelles ne peuvent que répondre aux vœux des populations des Basses-Pyrénées.

Les inconvénients du partage égal en nature, longtemps admiré comme l'un des chefs-d'œuvre du Code civil, et par lequel le Code de Napoléon réalisait le mieux la démocratie dans l'ordre économique, semblent enfin admis par le législateur.

Le décret-loi fait suite à la loi du 7 février 1938, votée sans débats, après onze ans de retard. Cette loi affranchissait les partages d'ascendants de l'obligation de respecter l'égalité *en nature* des lots et abolissait la règle d'après laquelle la valeur des biens s'appréciait, non pas au jour du partage, mais à la mort du dernier survivant des ascendants donateurs. On ne pouvait jamais être sûr que le partage le plus équitable, le jour où il avait été fait, ne deviendrait pas sujet à annulation par le changement de la valeur vénale des différents lots qui le composaient ¹.

1. Art. 860 nouveau: « Le rapport n'a lieu qu'en moins prenant quand le donataire a aliéné l'immeuble avant l'ouverture de la succession. Il est dû de la valeur de l'immeuble à l'époque de la donation. »

Le décret-loi étend ces deux règles aux donations et testaments, quelle que soit la valeur des biens héréditaires. (859.)

Il crée, en dehors même de la volonté du testateur, un régime spécial d'indivision prolongée et d'attribution sur expertise pour les biens ruraux de moins de deux cent mille francs. (Art. 815 nouveau.)

Il accorde enfin l'exemption fiscale des droits de soulte, mais seulement jusqu'à concurrence de cinquante mille francs.

Ainsi, de ces trois dispositions, la première s'incorpore au droit commun et régit désormais tous les héritages. Elle dépend de la volonté du père de famille. Celui-ci peut, par donation ou par legs, attribuer à un seul de ses enfants ou à quelques-uns d'entre eux qu'il choisit, toutes ses terres. Les autres recevront l'équivalent en argent et ne pourront plus exiger le rapport en nature. (Art. 832.) L'égalité des partages, sauf l'attribution de la quotité disponible, demeure la règle, et le rapport qui précède le décret-loi prend bien la précaution d'insister sur ce maintien de l'égalité. La quotité disponible n'est pas augmentée: la liberté de tester n'est pas étendue en chiffres. Les apparences sont sauvegardées.

Mais en analysant bien la réforme, on s'aperçoit qu'elle porte au principe égalitaire deux limitations fort considérables. Si les biens ont été donnés entre vifs, leur valeur, comme dans le partage d'ascendants, s'apprécie au jour de la donation (art. 860). Autrement dit, les héritiers titulaires d'indemnités en argent supporteront tous les risques de baisse du pouvoir d'achat de la monnaie. En second lieu, le testateur pourra accorder à l'attributaire du bien foncier un délai de cinq ans, sans intérêts, pour payer les soultes qu'il devra (art. 866). Une créance différée de cinq ans, sans intérêts, ne vaut pas les trois quarts de son chiffre nominal: elle serait escomptée pour moins.

C'est donc un avantage du quart, et même de plus, qui peut être ajouté à la quotité disponible. Le pouvoir de disposition du père de famille se trouve sensiblement accru.

En dehors de toute disposition de l'auteur commun, la loi permet au conjoint survivant ou à l'héritier qui participait à l'exploitation du domaine — l'héritier associé basco-béar-

mais — de demander l'ajournement du partage jusqu'au jour où le dernier des enfants sera majeur (art. 815). Jusque-là, il ne sera plus vrai de dire que nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Le conjoint ou l'héritier associé pourra aussi se faire attribuer, sans partage et pour la valeur d'expertise, le bien à la gestion duquel il était associé.

Ces règles, empruntées à la législation du bien de famille dont on avait trop rarement profité, ne sont applicables qu'aux domaines ruraux de deux cent mille francs et au-dessous. Ce chiffre peut être considéré comme suffisamment élevé, au moins à titre d'expérience, pour l'attribution du domaine. On ne voit pas pourquoi la nouvelle règle ne serait pas étendue par la suite à toutes les successions.

Enfin, le fisc est aujourd'hui le grand ennemi de la conservation des biens dans les familles. Quand un immeuble est attribué à l'un des héritiers contre une indemnité en argent ou soulte à un autre co-partageant, cette soulte paie, en plus des droits de mutation, les droits de vente. Cette surtaxe ruineuse n'est supprimée par le décret-loi que dans une mesure insuffisante pour les premiers cinquante mille francs (art. 440^{bis} du Code de l'E.).

Du point de vue civil, nous ne reprocherons pas au décret-loi d'être trop timide; il réalise une réforme déjà bienfaisante.

Par contre, au point de vue fiscal, il laisse subsister une des pires raisons qui poussent les familles à briser le domaine héréditaire; la suppression des droits de soulte est une des réformes les plus urgentes à réaliser.

Tel qu'il est, ce décret nous semble l'heureux point d'aboutissement de l'évolution historique assez longue que nous avons eu l'ambition de retracer.

VU et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
ROUSSY.

VU: *Le Doyen de la Faculté de Droit,*
Georges RIPERT.

VU : *Le Président,*
Henri REGNAULT.

BIBLIOGRAPHIE

- ABBADIE D'ARRAST (M^{me} D') : *Causeries sur le Pays Basque. La femme et l'enfant*. Paris, 1909.
- ACADEMIA DE LA HISTORIA : *Dictionnaire historique et géographique de l'Espagne*. Madrid, 1802.
- ALONSO (José) : *Recopilación y comentario de los Fueros y Leyes del antiguo Reino de Navarra*. Madrid, 1848.
- ALTAMIRA (Rafael) : *Histoire du Droit en Espagne*. Madrid, 1914.
- ANTEQUERA (J.-M.) : *Histoire de la législation espagnole*. Madrid, 1895.
- BALASQUE et DULAURENS : *Etudes historiques sur la ville de Bayonne*. Bayonne, 1875.
- BARBE : *Bibliographie de Bayonne et de ses environs*. De 1850 à 1920. Toulouse, 1920.
- BASCLE DE LAGRÈZE : *La Navarre française*. Paris, 1881.
- BELA : *Commentaire sur la Coutume de Soule*. Mns. Bibl. municipale de Pau.
- BERDECO : *Coutumes rurales au Pays Basque (La Tradition au Pays Basque)*. Paris, 1899.
- BLANDIN : *Etude sommaire sur les anciens Fors et la Coutume réformée de Béarn, les lois transitoires avec les questions qu'elles ont fait naître*. Pau, 1865, in-8°.
- BORDENAVE (Nicolas DE) : *Histoire du Béarn et de la Navarre*. Mns. 1517-1572. Publié à Pau en 1875, in-8°.
- BORDENAVE-CASSOU : *Mémoire sur les Fors et Coutumes de Béarn comparés aux Coutumes de Navarre et de Soule*. 3 vol. mns. Arch. dép., Pau.
- Réponse aux seize questions posées par M. le Chancelier, concernant les donations. Pau, 1730, in-4°.
- Questions concernant les substitutions avec les réponses de tous les Parlements et Cours souveraines du Royaume et les observations de M. le Chancelier sur lesdites réponses. Toulouse, 1770, in-4°.
- Recueil des certificats acordés par MM. les avocats au Parlement de Navarre sur la jurisprudence dudit Parlement depuis 1718 jusqu'à 1787. Mns. in-4°, Pau.

BORDENAVE-CASSOU : *Collection d'édits, ordonnances et autres actes enregistrés au Parlement de Navarre depuis 1716*. Pau, 4 vol. in-4°.

— *Jurisprudence du Parlement de Navarre*. Mns., 360 p., Pau.

BOURDOT DE RICHEBOURG : *Coutumier général*.

BUTEL (F.) : *La vallée d'Ossau*. Paris, 1894.

CAMPAGNE : *Conservation du bien de famille chez les Basques*. Paris, 1911.

CASTEJÓN (Marquis DE VADILLO) : *Droit civil en vigueur en Navarre*. Madrid, 1888.

CHALBAUD (Luis) : *La famille, base de la Constitution sociale basque*. Bilbao, 1919.

CODE CIVIL ESPAGNOL. Trad. Le Pelley. Paris, Giard, 1932.

CORDIER (E.) : *Le droit de famille aux Pyrénées (Béarn, Lavedan)*. Paris, 1859.

— *Organisation de la famille chez les Basques*. Paris, 1869.

COSTA (Joaquin) : *Droit coutumier et droit de famille en Haut-Aragon*. Barcelone, Soler édit.

CUZACQ (Maurice) : *Testaments reçus par les Curés*. Brochure in-16, Mont-de-Marsan, 1896.

DARANATZ : *Curiosités du Pays Basque*. Bayonne, 1897.

DIEGO : *Cours élémentaire de droit civil espagnol commun et foral*. Madrid, 1920.

DUPONT : *Le régime successoral en Béarn*. Thèse. Paris, 1914.

ECHEGARAY (Bonifacio DE) : *La vie civile et commerçante des Basques vue à travers leurs institutions juridiques*. Saint-Sébastien, 1923.

ECHEGARAY (Carmelo DE) : *Investigaciones historicas referentes a Guipuzcoa*. Saint-Sébastien, 1893.

ELIZONDO (J. DE) : *Novísima Recopilación de las leyes de Navarra, desde 1512 hasta 1716*. Pampelune, 1716.

ETCHEVERRY (L.) : *Les Coutumes successorales au Pays Basque au XIX^e siècle*. 1898.

FAGET DE BAURE : *Essai historique sur le Béarn*. Paris, 1818, in-8°.

FORS ET COUTUMES : de Béarn (1088) recueillies par Mazure et Hatoulet.

— de Béarn (1552). Pau, Desbaratz, 1715.

— de Soule (1520). Pau, J. Dupoux, 1692.

— de Navarre (1611). Pau, J. Dupoux, 1722.

GARCIA GALLO : *Histoire du droit espagnol*. Madrid, 1934, in-8°.

GOROSABEL (Pablo DE) : *Noticia de las cosas memorables de Guipuzcoa*. Tolosa, 1900.

GUILBEAU : *Les Agoths en Pays Basque*. Bayonne, Loustau, 1878.

- HARISPE (P.) : *Le Pays Basque (histoire, langue, civilisation)*. Paris, Payot, 1929.
- HARISTOY (Abbé) : *Recherches historiques sur le Pays Basque*. Paris, 1884.
- HORMAECHE : *Leyes civiles de Viscaya*. Bilbao, in-8°, 1891.
- ILARREGUI : *Fuero General de Navarre*. Réédité d'après le manuscrit de la Chambre des comptes. Pampelune, 1869.
- LABOURT : *Fors du Béarn*. Commentaire manuscrit de 864 pp. Bibl., Pau.
- LACARRA : *Institutions de droit civil navarrais*. Pampelune, 1917.
- LAFERRIÈRE : *Histoire générale du Droit français* (tomes IV, V et VI). Paris, 1846-1856.
- LAGERIE (DE) : *Etude sur les Fors du Béarn*. Discours de rentrée prononcé à l'audience de la Cour d'Appel. Pau, 1868.
- LA IGLESIA : *Manual de derecho foral ilustrado con la jurisprudencia del Tribunal supremo*. Madrid, 1903.
- LARRAMENDI : *Description générale de la province de Guipuzcoa*. Barcelone, 1882.
- LECANDA : *Memoria sobre las instituciones civiles que deben quedar vigentes en Vizcaya*. Madrid, 1888.
- LEHR : *Eléments de droit civil espagnol*.
- LE PLAY : *Le paysan basque du Labourd (Les ouvriers européens)*. Paris, 1879.
- LHANDE (P.) : *Autour du foyer basque*. Paris, 1908.
- MARAÑON : *Leyes civiles de España*. Madrid, 1923.
- MARCA : *Antiquités du Béarn*. Pau, 1846.
- MARIA (J. DE LAFITTE) : *Mémoires et éclaircissements sur les Fors et Coutumes de Béarn*. Mns. Bibl. Pau.
- MARICHALAR Y MANRIQUE : *Recitationes del derecho civil de España*. Madrid, 1868, 9 vol. in-8°.
- MICHEL (Francisque) : *Le Pays Basque*. Paris, 1857.
— *Histoire des races maudites*.
- MORALES Y GOMEZ : *Droit civil de Navarre*. Mémoire présenté à la Commission de codification. Pampelune, 1884.
- MOUROT : *Sur les successions* (Mns., 129 p.). *Sur les paraphernaux, les augments et les institutions contractuelles* (Mns., 498 p.). Bibl. de Pau.
- NAVARRO VILLASLADA : *La mujer de Navarra*. *Revista euskara*. T. IV, p. 314. Pampelune, 1881.
- NOGARET : *Petite histoire du Pays Basque français*. Bayonne, 1925.
- OLIVIER-MARTIN : *Réunion de la Basse-Navarre à la Couronne de France*. Madrid, 1932.
- OLPHE GAILLARD : *Le paysan labourdin*. Extrait du bulletin de la Société internationale de science sociale. Paris, 1905.

- PARCADE : *Les anciens Fors du Béarn*. Thèse. Paris, 1895.
- REGNAULT : *Formation de l'unité française*. Cours professé à la Faculté de Droit de Paris en 1935-1936.
- RIMBLAS : *Code civil espagnol*. Barcelone, in-8°, 1934.
- RITOU : *Condition des personnes chez les Basques français jusqu'en 1789*. Thèse. Bordeaux, 1897.
- ROGÉ : *Les anciens Fors du Béarn*. Paris, 1905, in-8°.
- SALAVERRIA : *Instituciones de la provincia de Guipuzcoa*. Saint-Sébastien, 1919.
- SOLANO : *Estudios juridicos del Fuero de Vizcaya*. Bilbao, 1918.
- TESSIER : *La femme à Bayonne avant la Révolution*. Thèse. Poitiers, 1918.
- URIASTE LEBARIO : *El Fuero de Ayala*. Madrid, 1913.
- URUBAYEN (Luis DE) : *El habitante del valle de Ezcabarte (Navarra)*. Revue internationale d'études basques, 1922.
- VELASCO Y DE LA CUESTA : *Los Euskaros en Alava, Guipuzcoa, Vizcaya*. Barcelone, 1879.
- VICARIO Y DE LA PEÑA : *Derecho consuetudinario de Vizcaya*. Madrid, 1901.
- VIOLLET (P.) : *Précis d'histoire du Droit civil français*. Paris, 1893.
- YABEN Y YABEN : *Les contrats de mariage en Navarre et leur influence sur la stabilité de la famille*. Madrid, 1916.
- YANGUAS Y MIRANDA : *Dictionnaire des Fors de Navarre*. 1828.
— *Diccionario de las antiguëdades de Navarra*. Pampelune, 1840.
- ZUAZNAVAR : *Ensayo historico-critico sobre la legislación de Navarra*. Saint-Sébastien, 1828.

PÉRIODIQUES

- Bulletin de la Société des Lettres, Sciences et Arts de Bayonne.*
— — — — — *de Pau.*
- Revue Internationale d'études basques*. Paris, Champion édit.
- Revue historique et archéologique du Béarn et du Pays Basque*. Pau.
- Bulletin du Musée Basque*. Bayonne.
- Gure Herria*, Ustaritz.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	7
-----------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

HISTOIRE ET SOURCES

Chapitre I ^{er} . — SUR L'ORIGINE DU PEUPLE BASQUE ET SUR SON RÉGIME SOCIAL PRIMITIF.	15
Section I. <i>Les habitants du pays basque</i>	16
— II. <i>Le Matriarcat - La Couvade</i>	20
— III. <i>Place accordée à la femme dans la vie sociale</i>	26
— II. — LA LANGUE BASQUE ET LES SOURCES.	31
— III. — HISTOIRE ET SOURCES.	35
Section I. <i>Bayonne et le Labourd</i>	35
— II. <i>Pays de Soule</i>	47
— III. <i>Haute-Navarre</i>	50
— IV. <i>Basse-Navarre</i>	63
— V. <i>Alava, Biscaye, Guipuzcoa</i>	65
— VI. <i>Béarn</i>	74

DEUXIÈME PARTIE

LES DROITS DE FAMILLE

Chapitre IV. — L'ÉTAT DES PERSONNES ET LE MILIEU SOCIAL.	83
Section I. <i>L'état des personnes</i>	84
— II. <i>La maison</i>	89
— III. <i>Les liens du voisinage</i>	92
— V. — LE MARIAGE.	99
Section I. <i>Conditions requises pour contracter mariage</i>	101
— II. <i>Célébration du mariage</i>	114
— III. <i>Effets du mariage</i>	118
— IV. <i>Dissolution du lien matrimonial</i>	121
— VI. — LA BARRAGANIE.	123

Chapitre VII. — L'AUTORITÉ MARITALE ET LE RÉGIME DES BIENS ENTRE ÉPOUX DANS LES PROVINCES BASQUES FRANÇAISES.	129
Section I. <i>Mariage entre deux héritiers</i>	130
— II. <i>Mariage entre un héritier et une cadette (constitution et administration de la dot)</i>	131
— III. <i>Situation de l'héritière mariée à l'égard de son époux</i>	142
— IV. <i>Unions entre cadets</i>	146
— V. <i>Extension du régime de communauté dans le pays basque et à Bayonne</i>	150
— VIII. — SORT DE LA DOT ET PARTAGE DES ACQUÊTS A LA DISSOLUTION DU MARIAGE.	157
Section I. <i>Le mariage est dissous sans enfants</i>	157
— II. <i>Le mariage est dissous. Il y a des enfants</i>	163
— IX. — BIENS DOTAUX ET ACQUÊTS EN NAVARRE ET EN BISCAYE	169
Section I. <i>Régime de la dot</i>	170
A) <i>Constitution de la Dot</i>	171
B) <i>Administration de la dot</i>	176
C) <i>La dot à la dissolution du mariage</i>	176
Section II. <i>Les arrhes</i>	182
— III. <i>Donations « propter nuptias »</i>	188
— IV. <i>Administration et sort de la société conjugale</i>	195
— X. — LA PUISSANCE PATERNELLE.	205
Section I. <i>Les titulaires du droit</i>	206
— II. <i>Etendue et attributs de la puissance paternelle</i>	209
— III. <i>Perte de la puissance paternelle</i>	213
— IV. <i>Faiblesse de la puissance paternelle au pays basque</i>	218
— XI. — SITUATION DES ENFANTS NATURELS.	225
Section I. <i>Légitimation</i>	227
— II. <i>Reconnaissance des enfants naturels</i>	230
— III. <i>Droits des enfants naturels</i>	238
— IV. <i>Enfants adultérins et incestueux</i>	243

TROISIÈME PARTIE
LES SUCCESSIONS

Chapitre XII. — HISTOIRE ET JUSTIFICATION DU DROIT D'AINESSE BASCO-BÉARNAIS	249
--	-----

LIVRE PREMIER

SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

— XIII. — CAPACITÉ REQUISE POUR RECEVOIR ET DISPOSER PAR TESTAMENT	271
a) Incapacités de succéder.	271
b) Capacité requise pour tester.	275
— XIV. — LES FORMES DU TESTAMENT	279
Section I. <i>Testaments oraux</i>	280
a) Testaments par cabezaleros	280
b) Testaments oraux dits <i>nuncu-</i> <i>patifs</i>	284
— II. <i>Testaments écrits</i>	286
a) Testament devant les cabeza- leros fait par écrit.	286
b) Testaments nuncupatifs et faits par devant notaire	287
c) Testaments mystiques	294
d) Testaments olographes.	296
— III. <i>Testaments privilégiés</i>	297
a) Testaments "inter liberos"	297
b) Testaments militaires	298
c) Testaments en temps d'épidé- mies	299
d) Qualités requises des témoins.	300
— IV. <i>Les adminicules testamentaires</i>	301
a) Les livres de raison	301
b) Les mémoires ou notes testa- mentaires	302
c) Le codicille	303
— XV. — CONTENU DU TESTAMENT.	309
Section I. <i>Biens dont on pouvait disposer par testament</i>	309
— II. <i>L'institution d'héritier et le man- dat d'élire</i>	318
— III. <i>Testament conjoint</i>	323
— IV. <i>Legs, donations "mortis causa", "mejoras"</i>	324

Section V. <i>Substitutions</i>	328
— VI. <i>Exécuteurs testamentaires</i>	332
— VII. <i>Clauses dérogatoires et révocation du testament</i>	333

LIVRE SECOND

SUCCESSIONS « AB INTESTAT »

Chapitre XVI.— LE PRINCIPE GÉNÉRAL : APPLICATION DU DROIT D'AINESSE SANS DISTINCTION DE SEXE	337
— XVII.— L'EXCEPTION QUI TENDIT A DEVENIR LA RÈGLE : LE DROIT D'AINESSE AVEC PRIVILÈGE DE MASCULINITÉ	345
A) <i>Pays basque français</i>	345
B) <i>Béarn</i>	350
C) <i>Pays basque espagnol</i>	351
— XVIII.— DROITS PATRIMONIAUX DES CADETS	355
A) <i>La légitime</i>	355
B) <i>La légitime au pays basque espagnol</i>	364
a) <i>En Guipuzcoa et en Alava</i>	364
b) <i>En Biscaye</i>	365
c) <i>En Navarre</i>	366
C) <i>Droit de recevoir une dot</i>	372
D) <i>Droit à une part des acquêts</i>	373
— XIX.— ASCENDANTS ET COLLATÉRAUX	379
A) <i>Concours des ascendants et des collatéraux (Pays basque français)</i>	379
B) <i>Exclusion des ascendants par les collatéraux (Béarn et Fors espagnols)</i>	381
— XX.— DROITS SUCCESSORAIRES DES COLLATÉRAUX	387
A) <i>Pays basque français et Béarn</i>	387
B) <i>Haute-Navarre</i>	392
C) <i>For de Biscaye</i>	395
— XXI.— DROITS DU CONJOINT SURVIVANT	397
A) <i>Coutumes françaises</i>	397
B) <i>Droit espagnol</i>	401
— XXII.— QUESTIONS COMMUNES A TOUTES LES SUCCESSIONS	407
I. <i>Ouverture de la succession</i>	407
II. <i>Doublement éventuel de la succession</i>	408
III. <i>La saisine héréditaire</i>	409

IV. <i>Acceptation et renonciation à succes-</i> <i>sion</i>	412
V. <i>Formation de la masse et rapport</i> . .	414
VI. <i>Partages</i>	419
Chap. XXIII.— L'EXHÉRÉDATION	423
— XXIV.— VACANCE ET DÉSHÉRENCE DES SUCCES- SIONS. DROIT D'AUBAINE	429
— XXV.— L'AINÉ BASQUE ET LE CODE CIVIL . . .	433
Appendice. — LE PARTAGE ÉGAL ET LES DÉCRETS-LOIS .	447
BIBLIOGRAPHIE	451



Cet ouvrage a été tiré à 150 exemplaires
sur les presses de l'Imprimerie Générale
du Sud-Ouest (H. Trillaud) à Bergerac
— MCMXXXVIII —

